

RESEARCH OUTPUTS / RÉSULTATS DE RECHERCHE

Le dommage et sa réparation

Fosseprez, Bérénice

Published in:

Les grandes évolutions du droit des obligations

Publication date:

2019

Document Version

le PDF de l'éditeur

[Link to publication](#)

Citation for pulished version (HARVARD):

Fosseprez, B 2019, Le dommage et sa réparation: quoi de neuf, Maître ? . Dans *Les grandes évolutions du droit des obligations*. Anthemis, Limal, p. 37-86.

General rights

Copyright and moral rights for the publications made accessible in the public portal are retained by the authors and/or other copyright owners and it is a condition of accessing publications that users recognise and abide by the legal requirements associated with these rights.

- Users may download and print one copy of any publication from the public portal for the purpose of private study or research.
- You may not further distribute the material or use it for any profit-making activity or commercial gain
- You may freely distribute the URL identifying the publication in the public portal ?

Take down policy

If you believe that this document breaches copyright please contact us providing details, and we will remove access to the work immediately and investigate your claim.

Le dommage et sa réparation : quoi de neuf, Maître ?

Bérénice FOSSÉPREZ

Maître de conférences à l'UNamur

Avocate au barreau de Bruxelles

Introduction

Tel un refrain, le texte de l'article 1382 du Code civil orchestre la réparation du dommage en ces termes : « Tout fait quelconque de l'homme qui cause à autrui un dommage oblige celui par la faute duquel il est arrivé à le réparer ». S'agissant de la seule disposition que le Code civil consacre au dommage, ce refrain appelait de nombreux couplets que la jurisprudence s'est attelée à composer avec l'aide de la doctrine.

Bon nombre de controverses ont animé cet exercice de composition. Certaines parmi les plus récentes ont déjà été abordées lors d'un précédent colloque de notre unité, intitulé « Trois conditions pour une responsabilité civile – Sept regards », à l'occasion duquel deux regards s'étaient posés sur le dommage. Le premier regard était celui de N. Estienne qui, sous le couvert de quelques questions d'actualité en la matière, avait analysé la vie « préjudiciable » ou encore le dommage de l'employeur public¹. Le deuxième regard était le nôtre et avait abordé l'état antérieur dans différentes disciplines juridiques².

Trois ans plus tard, les interrogations évoquées le 22 avril 2016 ont-elles trouvé un dénouement heureux ? Pour répondre à cette question, nous aborderons successivement le sort actuellement réservé à l'action en *wrongful life* (section 1), au recours de l'employeur public (section 2) et à l'état antérieur (section 3) au départ de l'une ou l'autre publication parue dernièrement dans ces matières et de l'avant-projet de loi portant insertion des dispositions

¹ N. ESTIENNE, « Le dommage réparable : quelques questions d'actualité », in *Trois conditions pour une responsabilité civile. Sept regards*, Limal, Anthemis, 2016, pp. 51-80.

² B. FOSSÉPREZ, « L'état antérieur à la croisée de différentes disciplines juridiques : un consensus possible ? », in *Trois conditions pour une responsabilité civile. Sept regards*, Limal, Anthemis, 2016, pp. 81-144.

relatives à la responsabilité extracontractuelle dans le nouveau Code civil³. Au départ de ces mêmes outils, nous nous pencherons ensuite sur l'imputation des provisions (section 4) et sur la méthode à privilégier pour assurer l'indemnisation du préjudice futur (section 5).

Section 1

L'action en *wrongful life*

Sous-section 1

Un bref état des lieux⁴

L'action en *wrongful life* est l'action par laquelle les parents de l'enfant né handicapé sollicitent, en leurs qualités de représentants légaux de leur enfant mineur, l'indemnisation du dommage subi par cet enfant à la suite du handicap congénital dont le risque n'a pas été détecté *in utero* (faute de diagnostic) ou qui n'a pas été porté à la connaissance de ses parents (défaut d'information).

Par un arrêt du 14 novembre 2014, la Cour de cassation a rejeté cette action en ces termes : « Il n'existe pas de dommage indemnisable au sens des [articles 1382 et 1383 du Code civil] lorsqu'il faut comparer la situation de l'existence d'une personne avec un handicap avec sa non-existence »⁵.

À la lecture de cet arrêt, il apparaît que la Cour de cassation a défini le dommage comme « la différence négative existant entre deux situations, la première étant celle, concrète, où se trouve la victime après la réalisation du fait dommageable, et la seconde celle, hypothétique ou abstraite, dans laquelle la victime se serait trouvée en l'absence de ce fait »⁶. Comme le souligne le Professeur Dubuisson, cet arrêt témoigne de la transformation d'« une règle initialement destinée à déterminer les contours du dommage en un principe limitatif permettant d'écarter purement et simplement la réparation de certains dommages »⁷.

Bien que de nombreux auteurs soient arrivés au même constat⁸, la Cour de cassation n'a pas changé son fusil d'épaule. C'est ainsi que, par un arrêt du 21 avril 2016, elle a confirmé que « Er bestaat geen vergoedbare schade in de zin van voormelde wetsbepalingen wanneer de vergelijking moet worden gemaakt tussen de toestand van een gehandicapt bestaan van een persoon en zijn niet-bestaan »⁹.

Dans son arrêt du 17 octobre 2016, elle a rappelé que « Le dommage au sens [des articles 1382 et 1383 du Code civil] consiste en l'atteinte à tout intérêt ou en la perte de tout avantage légitime ; il suppose que la victime du fait illicite se trouve après celui-ci dans une situation moins favorable qu'avant », avant d'affirmer qu'« Il ne peut exister de dommage lorsque les termes de la comparaison entre ces deux situations consistent, d'une part, en l'existence d'une personne née avec un handicap, d'autre part, en sa non-existence »¹⁰. À l'occasion de ce dernier arrêt, la haute juridiction a également précisé que l'article 350, alinéa 2, 4°, du Code pénal « a pour seul objet de fixer les conditions auxquelles un avortement pratiqué sur une femme qui y a consenti ne constitue pas une infraction ».

Ces différents éléments ont été reproduits mot pour mot dans un arrêt du 13 avril 2018¹¹.

Dans ce contexte, É. De Saint Moulin concluait très récemment une étude sur les actions en grossesse et vie préjudiciables en ces termes : « La Cour de cassation a, par ses derniers arrêts, adopté une approche restrictive de la notion de dommage réparable qui tiendra en échec les futures demandes en réparation »¹². Force est effectivement de constater qu'en l'état actuel de sa jurisprudence, notre Cour suprême a verrouillé la porte de l'action en *wrongful life*. Les clés d'un revirement de jurisprudence pourraient toutefois lui être données par l'avant-projet de loi portant insertion des dispositions relatives à la responsabilité extracontractuelle dans le nouveau Code civil.

Sous-section 2

Quoi de neuf, Maître ?

Certains auteurs de doctrine avaient lancé un appel du pied au législateur. Au lendemain du prononcé de l'arrêt de la Cour de cassation du 14 novembre

³ Avant-projet de loi portant insertion des dispositions relatives à la responsabilité extracontractuelle dans le nouveau Code civil rédigé par la Commission de réforme du droit de la responsabilité instituée par l'arrêté ministériel du 30 septembre 2017, <https://justice.belgium.be/fr/bwcc> (disponible temporairement). À noter que le Conseil des ministres n'a pas encore approuvé les textes adaptés suite à la consultation populaire.

⁴ Pour un état des lieux détaillé, voy. É. DE SAINT MOULIN, « Les actions en grossesse et vie préjudiciables. État des lieux critique au regard de la jurisprudence récente de la Cour de cassation », *J.T.*, 2019, n° 6759, pp. 81-93.

⁵ Cass., 14 novembre 2014, R.G. n° C.13.0441.N, disponible sur : <http://www.juridat.be>.

⁶ B. DUBUISSON, « L'arrêt de la Cour de cassation du 14 novembre 2014 sur la vie préjudiciable. L'être ou le néant : l'alternative illégitime », *J.T.*, 2015, p. 213.

⁷ *Ibidem*.

⁸ N. ESTIENNE, *op. cit.*, pp. 58-59 ; P. COLSON, « La définition du dommage comme lésion d'un intérêt stable et légitime ? », in *Questions spéciales relatives à la réparation du dommage*, Recyclage en droit, Limal, Anthemis, 2017, p. 65.

⁹ Cass., 21 avril 2016, R.G. n° C.15.0286.N, disponible sur : <http://www.juridat.be>.

¹⁰ Cass., 17 octobre 2016, R.G. n° C.11.0062.F, disponible sur : <http://www.juridat.be>.

¹¹ Cass., 13 avril 2018, *J.L.M.B.*, 2018/23, p. 1074, note G. GÉNICOT.

¹² É. DE SAINT MOULIN, *op. cit.*, p. 93.

2014, N. Estienne s'était posé « la question de savoir si, au nom du respect de la séparation des pouvoirs, il ne serait pas plus légitime de laisser non à la Cour de cassation [...] mais au législateur le soin de déterminer quels sont les intérêts qui mériteraient d'être "juridiquement protégés" et ceux qui devraient, au contraire, être exclus du régime de réparation consacré par l'article 1382 du Code civil »¹³. Encore P. Colson avait-elle constaté que « la définition du dommage doit effectivement être modifiée, mais par le législateur, et non par la jurisprudence et en évitant le recours à la méthode de la différence »¹⁴.

La Commission de réforme du droit de la responsabilité n'est pas restée insensible à ces appels, comme le démontrent les développements qui suivent.

§ 1. L'atteinte à un intérêt juridiquement protégé

Les auteurs de l'avant-projet de loi portant insertion des dispositions relatives à la responsabilité extracontractuelle dans le nouveau Code civil se sont emparés de la définition du dommage. C'est ainsi que l'article 5.171, § 1^{er}, de l'avant-projet de loi prévoit, en son alinéa 1^{er}, que « Le dommage consiste dans les répercussions économiques ou non économiques d'une atteinte à un intérêt juridiquement protégé ».

Si l'on veut bien se rappeler que la Cour de cassation a progressivement abandonné la définition du dommage comme lésion d'un droit au profit de la lésion d'un intérêt stable et légitime¹⁵, la définition retenue par l'avant-projet de loi apparaît, à première vue, révolutionnaire. L'exposé des motifs précise toutefois qu'« il ne faut pas voir dans cette définition un bouleversement de l'état actuel du droit mais plutôt une volonté de clarification et de remise en ordre »¹⁶ ou encore que « La modification n'est pas aussi fondamentale qu'il n'y paraît puisque les intérêts qui méritent protection ne sont pas pour autant définis limitativement dans la loi qui détermine les conditions de la responsabilité »¹⁷.

Une telle analyse a déjà été mise en doute. Au cours de la consultation populaire à laquelle l'avant-projet de réforme a été soumis, le Centre de droit privé de l'ULB a jugé les termes de l'article 5.171 mal choisis dans la mesure où « depuis von Ihering, "l'intérêt juridiquement protégé" est en effet la défi-

¹³ N. ESTIENNE, *op. cit.*, pp. 58-59.

¹⁴ P. COLSON, *op. cit.*, p. 65.

¹⁵ Sur cette évolution, voy. P. COLSON, *op. cit.*, 2017, pp. 19 et s.

¹⁶ Exposé des motifs de l'avant-projet de loi portant insertion des dispositions relatives à la responsabilité extracontractuelle dans le nouveau Code civil, rédigé par la Commission de réforme du droit de la responsabilité instituée par l'arrêté ministériel du 30 septembre 2017, p. 141, <https://justice.belgium.be/fr/bwcc> (disponible temporairement).

¹⁷ Exposé des motifs, p. 145.

nition même du droit subjectif». Ses membres avaient, par conséquent, indiqué ne pas apercevoir « les motifs impérieux qui justifient de s'écarter sur ce point de la jurisprudence de la Cour de cassation, qui définit de manière constante le dommage comme la lésion d'un intérêt légitime »¹⁸. Les réformateurs ont toutefois maintenu la référence à l'intérêt juridiquement protégé. Ils répondent à la critique en indiquant que « le droit subjectif ne constitue en réalité qu'une variété d'intérêts protégés »¹⁹.

À la veille du projet de réforme, P. Colson avait invité le législateur à définir le dommage comme la lésion d'un droit, d'une liberté ou d'un intérêt juridiquement protégé et à joindre à cette définition générale une liste minimale – et par conséquent non exhaustive – d'intérêts protégés²⁰. À l'heure de détailler sa proposition, elle avait également constaté qu'il n'est pas question d'assimiler l'intérêt juridiquement protégé au droit civil ou au droit subjectif muni d'une action²¹.

Les réformateurs ont choisi de définir le dommage au départ du seul intérêt juridiquement protégé, à l'exclusion du droit et de la liberté. Ce choix nous paraît judicieux dans la mesure où la catégorie des intérêts juridiquement protégés semble intégrer les droits et les libertés. C'est vraisemblablement en ce sens que les réformateurs ont notamment souligné que « l'atteinte à une liberté fondamentale consiste manifestement dans une atteinte à un intérêt juridiquement protégé »²².

Examinant la notion d'intérêt (juridiquement) protégé, P. Colson avait conclu que celle-ci « est difficile à cerner, et le risque existe que, plus on tentera de la conceptualiser, plus on risque de la fragiliser »²³. L'auteure avait notamment évoqué le fait que « l'intérêt juridiquement protégé pourrait [...] être défini comme l'intérêt qui est protégé par la loi ou la jurisprudence » mais avait aussitôt reconnu le caractère tautologique de cette définition²⁴. Nous ne pouvons qu'abonder en ce sens.

P. Colson avait également insisté sur l'importance de laisser au juge la possibilité de qualifier un intérêt de juridiquement protégé afin de permettre à la jurisprudence de « tenir compte des "pulsions profondes de la vie sociale" et s'adapter à son évolution », précisant au passage que « Si la notion est interprétée

¹⁸ Centre de droit privé de l'ULB, « Commentaires relatifs à l'avant-projet de loi portant insertion des dispositions relatives à la responsabilité extracontractuelle dans le nouveau Code civil », 27 avril 2018, disponible sur le site <https://diffusion.ulb.ac.be>.

¹⁹ Exposé des motifs, p. 146.

²⁰ P. COLSON, *op. cit.*, p. 65.

²¹ *Ibidem*, p. 73.

²² Exposé des motifs, p. 146.

²³ P. COLSON, *op. cit.*, p. 73.

²⁴ *Ibidem*.

largement, elle ne devrait pas aboutir à des bouleversements trop importants, tout en apportant plus de sécurité au droit de l'indemnisation»²⁵. Nous restons toutefois bien en peine de déterminer la sécurité que la notion d'intérêt juridiquement protégé pourra apporter tandis que le juge restera libre de consacrer le caractère juridiquement protégé d'un intérêt. La prévisibilité nous paraît faire défaut.

Étant donné que les auteurs de l'avant-projet de réforme n'ont pas retenu l'idée de dresser une liste exemplative d'intérêts juridiquement protégés²⁶, ils n'ont pas pris position sur l'intérêt de l'enfant né avec un handicap à obtenir réparation de son dommage. Ils n'ont d'ailleurs abordé la jurisprudence de la Cour de cassation en matière d'action en *wrongful life* qu'afin de remettre à sa juste place la théorie de la différence négative (voy. *infra*).

Analysant la jurisprudence de la Cour de cassation en matière d'actions en grossesse et vie préjudiciables, É. De Saint Moulin explique que «le dommage dont se prévaut l'enfant né handicapé dans le cadre d'une action en vie préjudiciable [lui] paraît entrer dans la définition retenue par l'avant-projet de nouveau Code civil»²⁷.

Il convient toutefois d'être attentif au fait que l'intérêt en question ne pourra pas être identifié dans l'article 350, alinéa 2, 4°, du Code pénal étant donné que la Cour de cassation est d'avis que «Cette disposition a pour seul objet de fixer les conditions auxquelles un avortement pratiqué sur une femme qui y a consenti ne constitue pas une infraction»²⁸.

B. Dubuisson avait proposé de reconnaître que l'enfant subit un préjudice par répercussion du fait de l'atteinte portée à l'intérêt de sa mère, indiscutablement protégé par l'article 350, alinéa 2, 4°, du Code pénal²⁹. P. Colson avait salué cette proposition au motif que «cette manière d'admettre une indemnisation dans le chef de l'enfant par le biais d'une atteinte à la liberté de la mère permet d'éviter le délicat débat quant à l'opportunité de reconnaître dans le chef de l'enfant un droit ou un intérêt auquel on aurait porté atteinte»³⁰. Une telle argumentation ne semble toutefois pas pouvoir s'inscrire dans le cadre dessiné par le projet de réforme dès lors que l'article 5.172 précise que «Le dommage doit résulter de l'atteinte à un intérêt personnel juridiquement pro-

tégé». Dans l'exposé des motifs, il est précisé que «seul le titulaire de l'intérêt lésé peut demander réparation des préjudices consécutifs à cette atteinte»³¹.

É. De Saint Moulin trouve cependant trace de la préoccupation de la société de protéger l'intérêt dont se prévaut l'enfant né handicapé dans la ratification par la Belgique de la Convention relative aux droits des personnes handicapées³². Nous nous rallions à cette analyse et nous réjouissons que la loi «anti-perruche», qui interdit toute indemnisation du seul fait d'être né, ne trouve pas d'écho dans le projet de réforme du Code civil.

§ 2. La théorie de la différence négative reléguée à l'étape de l'évaluation du dommage

Après être arrivée à la conclusion qu'«il existe bel et bien un dommage ouvrant un droit à indemnisation dans le chef de l'enfant», P. Colson s'était interrogée sur son caractère réparable. Avec sagacité, l'auteure avait observé que «le problème n'est [...] pas tant celui de la définition du dommage que celui de sa réparation et de l'exigence imposée par le respect de la réparation intégrale» tout en indiquant que «le principe de la réparation intégrale ne devrait pas être une exigence, mais un objectif à atteindre»³³.

C'est en ce sens que l'article 5.180 de l'avant-projet de loi précise, dans son § 1^{er}, que «La réparation des dommages patrimoniaux tend à placer la personne lésée dans la situation où elle se serait trouvée si le fait générateur de responsabilité n'était pas survenu». À noter que, dans son § 2, l'article 5.180 prévoit que «La réparation des dommages extrapatrimoniaux vise à accorder à la personne lésée une juste et adéquate compensation des douleurs, souffrances et autres troubles psychiques subis par elle».

Les auteurs du projet de réforme ont justifié cet article en ces termes: «Le texte proposé situe clairement la règle de la différence négative dans le domaine de la réparation du dommage. Elle est en effet présentée comme une méthode permettant d'aboutir à la réparation intégrale mais elle ne permet donc pas de refuser l'indemnisation d'un dommage par le seul fait qu'il serait difficile, voire impossible, de replacer la personne lésée dans la situation hypothétique qui aurait été la sienne si le fait générateur n'était pas survenu»³⁴.

Au regard de la modification légale proposée et de sa justification, il est indéniable que la Cour de cassation, dans l'hypothèse où le projet de réforme viendrait à être adopté, devrait revoir sa jurisprudence actuelle. De façon assez

²⁵ *Ibidem*, p. 75.

²⁶ Exposé des motifs, p. 146.

²⁷ É. DE SAINT MOULIN, *op. cit.*, p. 92.

²⁸ Cass., 17 octobre 2016, R.G. n° C.11.0062.F, disponible sur: <http://www.juridat.be>.

²⁹ B. DUBUISSON, *op. cit.*, p. 216.

³⁰ P. COLSON, *op. cit.*, p. 70.

³¹ Exposé des motifs, p. 155.

³² É. DE SAINT MOULIN, *op. cit.*, p. 92.

³³ P. COLSON, *op. cit.*, p. 71.

³⁴ Exposé des motifs, p. 171.

contrastée par rapport aux débats passionnés que l'arrêt du 14 novembre 2014 a suscités, cette jurisprudence n'a été évoquée par les réformateurs que de manière extrêmement succincte : « Il est vrai cependant que la Cour de cassation s'est récemment emparée de la règle de la différence négative pour écarter de la réparation le dommage de l'enfant né handicapé à la suite d'une erreur de diagnostic commise par un médecin ou un laboratoire, dès lors que cette erreur a empêché la mère d'exercer son choix de procéder à un avortement thérapeutique. Par un arrêt du 14 novembre 2014, la Cour de cassation décide ainsi que le préjudice subi par l'enfant né handicapé n'est pas réparable dans le chef de celui-ci car, en pareilles circonstances, si la faute n'avait pas été commise, l'enfant ne serait jamais né (Cass. (ch. réunies), 14 novembre 2014, *J. T.*, 2015, p. 221). Cet arrêt a suscité de nombreux commentaires dans lesquels on ne peut entrer ici »³⁵.

Bien que les réformateurs aient fait le choix de ne pas entrer dans le débat suscité par les actions en *wrongful life*, force est de constater que leurs travaux, s'ils aboutissent, mèneront nécessairement à une modification de la motivation développée par la Cour de cassation en cette matière. Est-ce à dire pour autant qu'au lendemain de la réforme, les actions en *wrongful life* seront couronnées de succès ? La réponse ne s'avérera positive que si la jurisprudence joue le jeu du raisonnement en trois étapes (voy. *infra*, § 3) proposé par les réformateurs.

§ 3. Une réflexion en trois temps

La réflexion qui suit est dictée par la notion de préjudice « réparable » derrière laquelle la Cour de cassation se retranche régulièrement, que ce soit en matière d'action en *wrongful pregnancy* ou dans le cadre du recours direct de l'employeur public (voy. *infra*), pour refuser une indemnisation. Or, la réforme proposée invite clairement à distinguer l'atteinte à un intérêt juridiquement protégé de ses répercussions économiques ou non économiques. Nous avons vu que l'existence d'une atteinte était indéniable et qu'il n'était pas possible d'écarter les conséquences par la seule impossibilité de replacer la personne lésée dans la situation hypothétique qui aurait été la sienne si le fait générateur n'était pas survenu. Il n'est pas pour autant certain que toutes les conséquences seront considérées comme « réparables ».

Plus précisément, l'exposé des motifs, dans une optique de clarification, invite à distinguer trois questions :

- 1) L'atteinte à un intérêt juridiquement protégé ;

³⁵ Exposé des motifs, p. 174.

- 2) ses répercussions économiques ou non économiques, soit le dommage dont la nature et l'étendue se déduisent de la comparaison entre deux situations de fait : celle dans laquelle se trouvait la personne lésée avant que l'atteinte se produise et celle dans laquelle elle se trouve après celle-ci ;
- 3) l'étendue du dommage.

L'exposé des motifs précise en effet que les « deux questions liées à l'atteinte et à ses répercussions doivent elles-mêmes être distinguées d'une troisième qui concerne l'étendue du dommage et qui est traitée plus loin au titre des effets de la responsabilité. Une fois que le dommage est identifié, il faut encore en déterminer les contours et choisir le mode adéquat de réparation »³⁶. À ce titre, l'article 5.174 précise, en son § 1^{er}, que « Le dommage patrimonial comprend toutes les répercussions économiques de l'atteinte » et, en son § 2, que « Le dommage extrapatrimonial comprend toutes les répercussions non économiques de l'atteinte. Il inclut notamment les douleurs, souffrances et autres troubles psychiques ».

Dans le cadre d'une action en *wrongful pregnancy*, qui désigne l'action introduite ensuite de l'échec d'une stérilisation ou d'un avortement ayant mené à la naissance d'un enfant en bonne santé mais non désiré, la Cour de cassation reconnaît à l'heure actuelle l'existence d'un dommage dans le chef des parents.

Elle se montre en revanche extrêmement sévère à l'heure de déterminer l'indemnisation à leur accorder. Dans un arrêt du 17 octobre 2016, elle a précisé ce qui suit : « Dès lors que la naissance d'un enfant qu'elle a conçu ne peut, à elle seule, constituer pour sa mère un préjudice, même si la naissance est survenue après l'échec d'une intervention pratiquée en vue de l'interruption de la grossesse, la cour d'appel a pu, sans violer la notion légale de dommage ni dénier la légitimité de l'intérêt qu'invoquait la demanderesse, déduire de cette constatation que les charges financières, les difficultés relationnelles prévisibles et les efforts accrus entraînés par cette naissance ne la plaçaient pas dans une situation moins favorable que celle qu'elle connaissait avant la commission du fait illicite »³⁷. Elle a encore souligné qu'« Eu égard à la différence de nature de ces préjudices, il n'est pas contradictoire de tenir, d'une part, pour réparable le fait pour une femme en situation de détresse de devoir mener sa grossesse à terme, d'autre part, pour non réparables les postes du dommage consécutifs à la naissance de l'enfant qu'elle a porté qu'invoquait la demanderesse ».

³⁶ Exposé des motifs, p. 142.

³⁷ Cass., 17 octobre 2016, R.G. n° C.09.0414.F, disponible sur : <http://www.juridat.be>.

À travers l'étendue du préjudice, il ne serait pas impensable que la Cour de cassation, toujours sous la pression du débat éthique³⁸, réduise l'action en *wrongful life* à peau de chagrin.

Sous l'angle de l'étendue du dommage au cœur de l'action en *wrongful life*, le Professeur Dubuisson avait notamment indiqué, eu égard à la motivation retenue par la Cour d'appel de Gand dans l'arrêt cassé le 14 novembre 2014, pouvoir souscrire à l'absence d'indemnisation d'un dommage moral général et d'un dommage matériel résultant de la perte de revenus, mais pas à l'absence d'indemnisation d'un préjudice esthétique ou des coûts d'entretien et d'éducation³⁹. Il avait justifié sa position, pour ce qui est de la réparation du dommage moral général, par le fait qu'une telle réparation impliquerait un jugement de valeur sur la vie handicapée et, pour ce qui est de la réparation du dommage matériel résultant de la perte de revenus, par le fait que l'enfant n'aurait jamais travaillé si la faute n'avait pas été commise. Le préjudice esthétique lui paraissait, par contre, constituer une conséquence directe du handicap.

Certes, le principe de la réparation intégrale est consacré dans l'avant-projet de réforme à l'article 5.179 en ces termes : « Les dommages sont réparés intégralement en tenant compte de la situation concrète de la personne lésée ». Il ne nous paraît toutefois pas exclu que la situation concrète de l'enfant soit mobilisée d'une manière inattendue...

Section 2

L'étendue du recours propre de l'employeur public

Sous-section 1

Un bref état des lieux

Depuis ses arrêts des 19 et 20 février 2001⁴⁰, la Cour de cassation persiste à reconnaître à l'employeur public un recours propre sur la base de l'article 1382 du Code civil, nonobstant les nombreuses critiques que sa jurisprudence a suscitées⁴¹. Celles-ci font la part belle aux incohérences que la haute juridiction a laissées s'installer au gré des évolutions de cette jurisprudence.

³⁸ Sur ce débat éthique, voy. notamment G. HAARSCHER, « Le casse-tête de la *wrongful life* », R.G.A.R., 2017, n° 15384.

³⁹ B. DUBUISSON, *op. cit.*, p. 218.

⁴⁰ Cass., 19 février 2001, *Pas.*, 2001, p. 322; Cass., 19 février 2001, *Pas.*, 2001, p. 327; Cass., 19 février 2001, *Pas.*, 2001, p. 329; Cass., 19 février 2001, *Pas.*, 2001, p. 332; Cass., 20 février 2001, *Pas.*, 2001, p. 335.

⁴¹ Pour une synthèse de celles-ci, voy. J.-C. THIRY, « Le chemin de croix du recours propre de l'employeur public », C.R.A., 2017/6, pp. 4 et s.; Th. DUBUISSON, « Recours "direct" des employeurs publics en général et des Communautés européennes en particulier : nouveautés », in *Responsabilité, indemnisation et recours. Morceaux choisis*,

§ 1. Des incohérences internes

La Cour de cassation a exclu du recours direct de l'employeur public les éléments suivants :

- le rente d'incapacité permanente partielle de travail⁴²;
- la pension d'invalidité versée à un employé mis prématurément à la pension⁴³;
- les indemnités d'incapacité temporaire totale de travail versées après l'expiration du contrat de travail⁴⁴;
- la rente versée au conjoint de l'agent décédé⁴⁵;
- les pensions d'orphelins et de survie versées par l'Union européenne en faveur des enfants ou de la veuve ou de la précédente épouse de son agent décédé⁴⁶;
- l'indemnité d'invalidité versée par l'Union européenne à un fonctionnaire atteint d'une invalidité permanente considérée comme totale et le mettant dans l'impossibilité d'exercer les fonctions correspondant à un emploi dans son groupe de fonctions⁴⁷;
- le pécule de vacances⁴⁸.

Concernant la rente d'incapacité permanente partielle de travail, la Cour de cassation avait initialement justifié sa position par le fait que « le but de la loi ou du règlement qui oblige un employeur [...] à déboursier des sommes dont le montant est supérieur à celui qu'il aurait dû payer en tant qu'employeur pour des prestations de services, est de laisser ces sommes définitivement à charge de l'employeur »⁴⁹. La doctrine s'était étonnée de la justification avancée par la Cour de cassation dans la mesure où, aux termes de ses arrêts des 19 et 20 février 2001, la haute juridiction avait laissé entendre que l'existence d'une subrogation constitue un indice révélateur de l'intention de l'auteur de la norme de ne pas laisser la dépense définitivement à charge de l'autorité et

CUP, vol. 174, Limal, Anthemis, 2017, pp. 85 et s.; V. DE WULF, « Le recours direct de l'employeur public », in *États généraux du droit médical et du dommage corporel*, 2^e éd., Limal, Anthemis, 2018, pp. 269 et s.

⁴² Cass., 9 janvier 2006, R.G. n° C.05.0007.N, disponible sur : <http://www.juridat.be>; voy. également en ce sens Cass., 12 novembre 2008, R.G. n° P.07.1531.F, disponible sur : <http://www.juridat.be>; Cass., 30 juin 2009, R.G. n° P.08.1773.N, disponible sur : <http://www.juridat.be>; Cass., 2 mars 2012, R.G. n° C.10.0569.F, disponible sur : <http://www.juridat.be>.

⁴³ Cass., 26 mai 2009, R.G. n° P.08.1288.N, disponible sur : <http://www.juridat.be>; voy. également Cass., 28 mars 2017, R.G. n° P.16.0115.N, disponible sur : <http://www.juridat.be>; Cass., 19 juin 2015, R.G. n° C.12.0577.N, disponible sur : <http://www.juridat.be>.

⁴⁴ Cass., 14 mai 2012, R.G. n° C.09.318.F, disponible sur : <http://www.juridat.be>.

⁴⁵ Cass., 24 janvier 2013, R.G. n° C.12.0113.F, disponible sur : <http://www.juridat.be>.

⁴⁶ Cass., 24 janvier 2013, R.G. n° C.12.0308.F, disponible sur : <http://www.juridat.be>.

⁴⁷ Cass., 16 février 2018, R.G. n° C.16.0344.F, disponible sur : <http://www.juridat.be>.

⁴⁸ Cass., 26 janvier 2017, R.G. n° P.16.0179.F, disponible sur : <http://www.juridat.be>.

⁴⁹ Cass., 9 janvier 2006, R.G. n° C.05.0007.N, disponible sur : <http://www.juridat.be>.

où la subrogation consacrée à l'article 14, § 3, de la loi du 3 juillet 1967 couvre les rentes d'incapacité⁵⁰.

La cohérence de la jurisprudence de la Cour de cassation a finalement été sauvegardée par l'identification du dommage, non dans la rémunération payée, mais dans la perte des prestations de travail⁵¹. Par un arrêt du 2 mars 2012, la Cour de cassation considère en effet que «Lorsque, conformément à la loi ou au règlement, l'employeur public est tenu de verser à son agent, outre une rémunération, une rente d'incapacité permanente partielle alors qu'il n'est pas privé des prestations de celui-ci, le paiement de cette rente ou du capital constitué pour la servir ne constitue pas un dommage au sens des articles 1382 et 1383 du Code civil»⁵².

Sous la pression de la Cour constitutionnelle⁵³, la Cour de cassation a toutefois dû admettre une entorse à son raisonnement, au prix d'une nouvelle incohérence, en reconnaissant au pouvoir subsidiant la possibilité de se prévaloir de l'article 1382 du Code civil⁵⁴, nonobstant le fait que le pouvoir subsidiant n'est pas l'employeur de l'agent et ne bénéficie pas des prestations de travail de celui-ci⁵⁵.

Les exclusions évoquées ci-dessus ont été décrites par le Professeur Fagnart comme des turbulences face à la règle générale qui autorise les victimes par répercussion à exercer une action en dommages et intérêts lorsqu'elles ont subi un dommage consistant dans l'obligation d'effectuer des prestations ou de supporter des frais et débours à la seule condition de le prouver⁵⁶. Les arrêts qu'il cite à titre d'exemples lui permettent d'affirmer qu'«aucun de ces arrêts n'exige que l'institution publique qui a effectué une dépense démontre que cette dépense aurait dû avoir pour but d'obtenir un avantage dont l'institution publique a été privée»⁵⁷. Ils rejoignent ceux dont V. De Wulf s'était emparé pour affirmer que la jurisprudence initiée par les arrêts des 19 et 20 février 2001 ouvre «d'intéressantes perspectives d'indemnisation dans le chef des victimes de dommages subis par répercussion, de même que pour les dommages

subis par les autorités publiques pour des prestations accomplies dans l'intérêt général, mais causées par la faute d'un tiers responsable»⁵⁸.

Sans le contester, nous restons dubitative face à la situation de l'employeur public dans la mesure où celui-ci dispose de l'article 14, § 3, de la loi du 3 juillet 1967, soit une hypothèse de subrogation spécifique, alors que tel ne semble pas être le cas des tiers payeurs dont la situation est évoquée par les deux auteurs précités.

Le Professeur Fagnart observe encore que la nécessité, pour le seul employeur public, de démontrer que les sommes payées sont la contrepartie d'une prestation de travail perdue «a pour effet de protéger le tiers responsable et, partant, de favoriser le secteur de l'assurance», situation qu'il assimile à une forme d'aide d'État⁵⁹. Nous doutons de cette qualification dans la mesure où la sélectivité de l'avantage apparaît comme une condition d'application du régime des aides d'État. Or, toutes les entreprises qui se trouvent dans une situation factuelle et juridique comparable, à savoir les entreprises d'assurances actives sur le marché de l'assurance responsabilité civile, bénéficient du même avantage.

Quoi qu'il en soit, le Professeur Fagnart encourage «le maintien et le développement du recours direct de l'employeur public dans les conditions fixées par la jurisprudence antérieure à 2006»⁶⁰, faisant ainsi entendre une petite voix minoritaire.

Une autre incohérence peut être illustrée par l'arrêt que la Cour de cassation a rendu le 16 février 2018. Bien qu'elle rappelle qu'«En vertu des articles 1382 et 1383 du Code civil, celui qui, par sa faute, cause à autrui un dommage est tenu de le réparer intégralement, ce qui implique que le préjudice soit rétabli dans l'état où il serait demeuré si l'acte dont il se plaint n'avait pas été commis», la Cour de cassation exclut l'indemnité d'invalidité visée à l'article 78 du statut des fonctionnaires européens de la notion de dommage réparable au sens des articles 1382 et 1383 du Code civil⁶¹. Or, l'employeur public ne peut être rétabli dans l'état dans lequel il serait demeuré si l'acte dont il se plaint n'avait pas été commis que s'il perçoit une indemnisation pour la rente d'incapacité qu'il est amené à verser. La réparation n'apparaît, par conséquent, pas intégrale.

Cette incohérence pourrait toutefois disparaître à la faveur d'une identification de l'intérêt dont se prévaut l'employeur public (voy. *infra*).

⁵⁰ I. BOONE, «L'abandon de la rupture du lien causal par la Cour de cassation», *La rupture du lien causal ou l'avènement de l'action directe et le déclin du recours subrogatoire* ?, Liège, Éditions du Jeune Barreau de Liège, 2007, p. 38.

⁵¹ En ce sens, voy. J.-C. THIRY, *op. cit.*, p. 8.

⁵² Cass., 2 mars 2012, R.G. n° C.10.0569.F, disponible sur : <http://www.juridat.be>.

⁵³ C.C., 25 janvier 2017, n° 7/2017 ; C.C., 15 juin 2017, n°s 77/2017 et 79/2017.

⁵⁴ Cass., 3 novembre 2017, R.G. n° C.15.0337.F, disponible sur : <http://www.juridat.be>, prenant l'exact contrepied de Cass., 15 mars 2015, R.G. n° C.14.0197.F, disponible sur : <http://www.juridat.be>.

⁵⁵ Sur cette question, voy. Th. DUBUISSON, *op. cit.*, pp. 102 et s.

⁵⁶ J.-L. FAGNART, «L'employeur public, la Cour de cassation et les aides d'État», *R.G.A.R.*, 2018, n° 15515⁴.

⁵⁷ *Ibidem*.

⁵⁸ V. DE WULF, *op. cit.*, pp. 269 et s.

⁵⁹ J.-L. FAGNART, *op. cit.*, n° 15515⁵.

⁶⁰ *Ibidem*, n° 15515¹.

⁶¹ Cass., 16 février 2018, R.G. n° C.16.0344.F, disponible sur : <http://www.juridat.be>.

§ 2. Des incohérences « externes »

A. Au regard de la jurisprudence prononcée en matière d'action en wrongful life ?

Nous avons vu ci-dessus qu'en matière d'action en *wrongful life*, la Cour de cassation s'est attachée à définir le dommage au départ de la théorie de la différence négative. Cette approche a pu, dans un premier temps, être écartée dans le cadre du recours direct de l'employeur public pour les motifs suivants : « Dès lors que le salaire payé est dû en vertu de la loi et qu'il n'y a pas de différence de valeurs pour cet employeur entre la situation avant et après l'accident, la théorie de la différence négative mène à l'impasse »⁶².

Le Professeur Dubuisson avait toutefois mobilisé cette constatation pour « étayer l'intuition selon laquelle ce n'est jamais le salaire payé qui constitue le préjudice mais le fait que l'employeur a été privé des prestations de travail par son employé, et rien d'autre »⁶³.

Au regard des décisions identifiées au § 1^{er}, il semble que la Cour de cassation ait bel et bien pris cette orientation. Si elle clame à l'heure actuelle que « L'employeur public qui, ensuite de la faute d'un tiers, doit, en vertu de ses obligations légales ou réglementaires, continuer à payer à l'un de ses agents sa rémunération et les charges qui la grèvent sans recevoir de prestations de travail en contrepartie a droit à une indemnité dans la mesure où il subit ainsi un dommage, sauf s'il résulte de la loi ou du règlement que ces décaissements doivent rester définitivement à sa charge »⁶⁴, le dommage en question résulte indiscutablement de la perte des prestations de travail.

Violation d'un intérêt stable et légitime ou différence négative, V. De Wulf a constaté que « Quelle que soit la définition retenue, il [est] difficilement contestable que lorsqu'il est privé des services d'un fonctionnaire, auquel il continue pourtant de payer une rémunération, ou lorsqu'il doit payer une rente d'incapacité permanente à ce même fonctionnaire, alors que ce dernier est totalement ou partiellement incapable de travailler, l'employeur public subit un dommage »⁶⁵.

L'intérêt stable et légitime dont l'employeur public doit démontrer la violation pour obtenir une indemnisation sur la base des articles 1382 et 1383 du Code civil peut toutefois être limité au droit de créance que l'employeur puise dans la relation de travail qu'il a nouée avec son agent, que celui-ci soit

⁶² B. DUBUISSON, *op. cit.*, p. 214.

⁶³ *Ibidem*.

⁶⁴ Cass., 18 octobre 2018, R.G. n° C.17.0506.F, disponible sur : <http://www.juridat.be>.

⁶⁵ V. DE WULF, *op. cit.*, p. 292.

sous contrat de travail ou sous statut. En ce sens, Th. Dubuisson observe que l'identification du dommage dans la perte des prestations de travail « respecte la notion de dommage au sens du droit commun de la responsabilité car celui-ci doit s'apprécier par référence à la lésion d'un intérêt. Il s'agit ici de l'atteinte au droit de créance de l'employeur »⁶⁶.

Si la Cour constitutionnelle a, par un arrêt du 20 octobre 2016, avalisé la jurisprudence de la Cour de cassation en ce qu'elle apprécie le dommage à l'aune de l'absence de contrepartie normale des prestations de travail au motif qu'elle permet de ménager un juste équilibre entre les intérêts en présence, elle a toutefois fait état de prestations qui procèdent d'options propres à la relation de travail en cause⁶⁷. À première vue, la réparation *in concreto* du dommage apparaît quelque peu malmenée. Cependant, la Cour constitutionnelle renvoie à l'existence de prestations relevant d'un régime de sécurité sociale qui dépasseraient l'intérêt personnel de l'employeur public.

Le raisonnement demeure néanmoins fragile, comme l'a souligné l'Avocat général Th. Werquin en ces termes : « seul un jugement de valeur sur la question de savoir quels intérêts méritent une protection en vertu du droit de la responsabilité peut expliquer que la rémunération que l'employeur public est tenu de payer à la victime d'un accident constitue le seul dommage indemnifiable »⁶⁸. Ce faisant, l'Avocat général ne suggère-t-il pas qu'un tri a été effectué en ce qui concerne les intérêts dont dispose l'employeur public ? Nous aurons l'occasion d'y revenir (voy. *infra*).

B. Au regard de la jurisprudence prononcée en matière de préjudice par ricochet ?

Aux termes des cinq arrêts qu'elle a rendus les 19 et 20 février 2001, la Cour de cassation a reconnu à l'employeur public la qualité de préjudicié par répercussion. S'agissant d'une personne que le dommage causé à la victime directe contraint à certaines dépenses, l'employeur public se présente effectivement comme une victime par répercussion ou par ricochet. C'est ainsi que N. Estienne précise que « Dans l'état actuel de la jurisprudence de la Cour de cassation, appartiennent [...] à cette troisième catégorie d'ayants droit [lire : la catégorie des personnes que le dommage causé à la victime directe contraint à certaines dépenses] les employeurs publics qui sont légalement, conventionnellement ou statutairement tenus au paiement de certaines prestations financières

⁶⁶ Th. DUBUISSON, *op. cit.*, p. 99.

⁶⁷ C.C., 20 octobre 2016, n° 136/2016.

⁶⁸ Cass., 24 janvier 2013, *Pas.*, 2013, pp. 203 et s., concl. Av. gén. Th. WERQUIN.

en faveur de l'un de leurs agents blessés ou, en cas de décès de celui-ci, en faveur de certains membres de sa famille»⁶⁹.

Sur ce point, il convient toutefois d'évoquer la critique que C. Eyben a réservée au recours direct de l'employeur public au départ de la contribution à la dette⁷⁰. Analysant le recours direct de l'employeur public comme un recours contributoire, l'auteur constate que lorsque survient l'accident dont l'agent est victime, l'employeur public n'a pas la qualité de victime mais bien celle de codébiteur tenu, en vertu de la loi, de verser sa rémunération à son agent en état d'incapacité et, par conséquent, de payer en partie la dette du tiers responsable. Il est donc exclu que l'employeur public change de qualité pour accéder à celle de victime dans le décours d'un même accident. En outre, lorsqu'il verse, en tout ou en partie, les rémunérations à son agent, l'employeur public indemnise celui-ci, ce qui opère la transition entre le stade de l'obligation à la dette et celui de la contribution à la dette. À la suite de son paiement, le tiers payeur exerce un recours contributoire, lequel doit trouver pour limite la dette de responsabilité du tiers responsable en droit commun.

Pareil raisonnement permet de contester l'affirmation de la Cour de cassation selon laquelle «le droit de l'employeur à la réparation de ce dommage n'est pas limité au montant de l'indemnité qui serait due en droit commun à la victime du fait de l'incapacité de travail»⁷¹, indépendamment de l'assiette du recours subrogatoire que l'article 14, § 3, de la loi du 3 juillet 1967 accorde à l'employeur public.

Sans dénier à l'employeur public la qualité de victime par répercussion, nous arrivons à la même solution au départ de la jurisprudence que la Cour de cassation réserve au préjudice par ricochet.

Celle-ci est fixée en des termes qui ont été validés par la Cour constitutionnelle dans un arrêt du 17 juillet 2014⁷². Nous les reproduisons ci-dessous :

«En application des règles du droit commun de la responsabilité, lorsque le dommage a été causé de manière concurrente par la faute d'un tiers et par la faute de la victime, ce tiers ou la personne civilement responsable ne peuvent être condamnés à la réparation intégrale du dommage que les proches de la victime subissent par répercussion.

Tout en étant des dommages qu'ils subissent personnellement, ce sont des préjudices éprouvés par répercussion qui trouvent leur

source dans les liens de famille et d'affection qui unissaient la première défenderesse à la victime décédée.

En raison de ces liens qui fondent le droit à réparation, ce droit est affecté par la responsabilité personnelle de la victime dans la mesure où la demanderesse aurait pu l'opposer à la victime pour lui refuser l'indemnisation de son propre préjudice»⁷³.

Au départ de cette jurisprudence, la doctrine affirme que «le lien de dépendance qui unit le préjudice par répercussion au préjudice direct a pour conséquence que le débiteur de la réparation peut, en principe, opposer aux ayants droit toutes les limites et toutes les restrictions qui affectent le droit à réparation de la victime directe»⁷⁴. Parmi ces limites et restrictions, elle évoque volontiers la faute de la victime directe, expressément visée par la Cour de cassation.

Il nous semble qu'il y a également lieu de tenir compte du fait que la victime directe ne peut réclamer l'indemnisation des charges sociales et fiscales qui affectent sa rémunération. En effet, la jurisprudence de la Cour de cassation est fixée en ce sens que l'indemnité destinée à réparer la privation de revenus professionnels résultant d'une incapacité de travail ne peut être calculée sur la base de la rémunération brute que si le juge constate que les charges qui grèveraient l'indemnité de droit commun sont équivalentes aux charges grevant la rémunération ordinaire à laquelle la victime aurait pu prétendre⁷⁵. Or, cette preuve n'est jamais faite⁷⁶.

Il s'ensuit que le responsable ou son assureur devrait pouvoir s'opposer à la demande formulée par l'employeur public, victime indirecte, de récupérer des montants bruts dans la mesure où la demande de la victime directe ne pouvait porter que sur des montants bruts.

Ce n'est qu'à ce prix, nous semble-t-il, que la cohérence peut être assurée entre la jurisprudence relative au recours direct de l'employeur public et celle concernant l'opposabilité de la faute de la victime directe aux ayants droit.

Il convient toutefois d'être attentif au fait que cette dernière jurisprudence ne fait pas l'unanimité. Pour le Professeur Fagnart⁷⁷, de deux choses l'une : soit l'on considère que le préjudice par répercussion est un préjudice autonome, auquel cas la victime indirecte doit disposer d'une action totalement distincte de celle de la victime directe, soit l'on considère que le dom-

⁶⁹ N. ESTIENNE, «Le préjudice par répercussion en cas de décès ou de blessures», *R.G.A.R.*, 2013, n° 14973.

⁷⁰ C. EYBEN, «Le paiement avec subrogation et le fondement du recours contributoire», in *Métamorphoses de la subrogation*, CUP, vol. 181, Limal, Anthemis, 2018, pp. 67 et s.

⁷¹ Cass., 18 octobre 2018, *R.G.* n° C.17.0506.F, disponible sur : <http://www.juridat.be>.

⁷² C.C., 17 juillet 2014, n° 111/2014.

⁷³ Cass., 16 février 2011, *Pas.*, 2011, p. 529, *R.G.A.R.*, 2012, n° 14814.

⁷⁴ N. ESTIENNE, «Le préjudice par répercussion en cas de décès ou de blessures», *op. cit.*, n° 14973.

⁷⁵ Cass., 21 février 2011, *Pas.*, 2011, p. 610.

⁷⁶ J.-C. THIRY, *op. cit.*, p. 6.

⁷⁷ J.-L. FAGNART, «Quelle égalité pour les victimes?», *For. ass.*, 2014/148, p. 211.

mage par répercussion est un simple « ricochet » du dommage initial, subi par la victime directe, auquel cas la victime indirecte se présente comme un ayant droit de la victime directe et ne peut être indemnisée que suivant les critères qui déterminent le dommage de la victime directe. Il s'étonne, par conséquent, de voir la doctrine et la jurisprudence faire état de l'autonomie du droit à réparation de la victime indirecte tout en prétendant déroger à ce principe en cas de faute commise par la victime directe.

L'éminent auteur ne manque pas d'illustrer ses propos par la matière du recours direct de l'employeur public. Pour appuyer l'autonomie du préjudice par répercussion, il mobilise un arrêt de la Cour de cassation du 23 octobre 2013 dont il ressort que « le recours propre de l'employeur public a nécessairement pour objet un dommage distinct de celui subi par la victime de l'accident »⁷⁸. Cependant, cette mention précède directement l'affirmation selon laquelle « Ce dommage peut être défini par la décision du service de santé administratif ». Dans la mesure où la Cour de cassation n'a plus par la suite accordé au rapport du MEDEX que la valeur d'une présomption⁷⁹, l'argument n'apparaît pas décisif.

Le Professeur Fagnart insiste particulièrement sur le fait que la jurisprudence n'a apporté au principe de l'autonomie du dommage par répercussion qu'une seule dérogation, laquelle concerne les effets de la faute commise par la victime immédiate du dommage⁸⁰. Ce n'est bien évidemment qu'à la lumière de l'interprétation « extensive » présentée ci-dessus que la jurisprudence de la Cour de cassation apparaît incohérente.

Sous l'angle de la seule faute commise par la victime immédiate du dommage, la cohérence n'est pas malmenée. En témoigne un arrêt de la Cour de cassation du 21 septembre 2009 libellé en ces termes : « Lorsque l'incapacité de travail du membre du personnel résulte des fautes concurrentes du membre du personnel et d'un tiers, l'employeur du secteur public n'a droit qu'à l'indemnisation du dommage qu'il subit de ce fait à concurrence de la part de responsabilité du tiers dans le dommage »⁸¹. Au sein même de la jurisprudence relative au recours direct de l'employeur public, la solution a pu surprendre. C'est ainsi que la doctrine s'est étonnée du fait que « pour apprécier les conséquences d'un partage de responsabilité, la Cour de cassation considère que le mécanisme de la subrogation ne joue pas son rôle d'ouvrir un droit propre en faveur

de l'employeur public »⁸². La critique a pu apparaître fondée dans la mesure où la Cour de cassation a justifié sa position par le fait qu'« Il ressort [...] de [la] subrogation légale dans les droits de la victime que, dans la mesure où l'incapacité de travail du membre du personnel concerné est due à sa propre faute, la charge financière de la poursuite du paiement du traitement doit demeurer à charge de l'employeur du secteur public. L'incapacité de travail due à la faute du membre du personnel concerné est un risque que le législateur a entendu mettre définitivement à charge de l'employeur ». La Cour de cassation aurait pu échapper à la critique précitée si elle avait mobilisé l'opposabilité de la faute de la victime directe à la victime indirecte.

L'arrêt du 21 septembre 2009 se présente donc comme une occasion manquée par la Cour de cassation de préciser sa jurisprudence en matière de préjudice par ricochet. En attendant qu'une nouvelle occasion se présente, cette jurisprudence demeure marquée par un principe de solidarité familiale, la Cour de cassation ayant identifié la source des préjudices par répercussion dans les liens de famille et d'affection. Comme le souligne N. Estienne, « une telle justification est cependant peu convaincante et est largement critiquée par la doctrine. Son principal écueil réside dans le fait qu'elle ne peut concerner que les proches de la victime directe, alors que [...] ceux-ci ne constituent pas la seule catégorie d'ayants droit admis à faire valoir un préjudice par répercussion en droit commun »⁸³. Or, il n'apparaît pas concevable que la jurisprudence de la Cour de cassation soit limitée aux proches de la victime, à l'exclusion des personnes en lien de dépendance économique avec la victime directe et des personnes contraintes à certaines dépenses par le dommage causé à la victime directe. Pareille limitation s'exposerait, selon nous, à la censure de la Cour constitutionnelle en vertu du principe d'égalité et de non-discrimination.

Sous-section 2

Quoi de neuf, Maître ?

§ 1. Une nouvelle entaille dans l'objet du recours direct ?

À la lecture de l'arrêt que la Cour de cassation a rendu le 26 janvier 2017 en matière de pécule de vacances⁸⁴, J.-C. Thiry faisait savoir qu'« on devra considérer alors que la rémunération payée durant les mois de vacances de l'enseignant ne donne pas droit à une récupération sur base de l'article 1382 »⁸⁵.

⁷⁸ Cass., 23 octobre 2013, R.G. n° P.13.0727.F, disponible sur : <http://www.juridat.be>.

⁷⁹ Voy. Cass., 30 janvier 2015, *Pas.*, 2015, I, p. 245; Cass., 8 septembre 2016, R.G. n° C.15.0523.F, disponible sur : <http://www.juridat.be>; Cass., 12 octobre 2016, R.G. n° P.15.1667.F, disponible sur : <http://www.juridat.be>.

⁸⁰ J.-L. FAGNART, « Quelle égalité pour les victimes ? », *op. cit.*, p. 212.

⁸¹ Cass., 21 septembre 2009, R.G. n° C.08.0245.N, disponible sur : <http://www.juridat.be>.

⁸² J.-C. THIRY, *op. cit.*, p. 9.

⁸³ N. ESTIENNE, « Le préjudice par répercussion en cas de décès ou de blessures », *op. cit.*, n° 14973.

⁸⁴ Cass., 26 janvier 2017, R.G. n° C.16.0179.F, disponible sur : <http://www.juridat.be>.

⁸⁵ J.-C. THIRY, *op. cit.*, p. 16.

Pareille thèse pourrait trouver appui dans un arrêt de la Cour de cassation du 14 décembre 2017⁸⁶ dont voici le texte :

« En tant qu'il se fonde sur ce que les juges d'appel ont rejeté l'action du demandeur concernant les paiements de salaire dans la période du 26 au 31 décembre 2010 sans examiner si la défenderesse était tenue à l'indemnisation du demandeur sur la base de l'article 14, § 3, de la loi sur les accidents du travail dans le secteur public, le moyen manque en fait.

En décidant que le travailleur de toute façon n'aurait accompli aucune prestation de travail durant la période du lundi 27 décembre 2010 au vendredi 31 décembre 2010 vu qu'il aurait été à ce moment en congé en application de l'article 14, § 2, de l'arrêté royal du 19 novembre 1998 et que le demandeur aurait dû de toute manière lui payer sa rémunération durant cette période, les juges d'appel font savoir que le travailleur n'a subi durant la période mentionnée aucune perte de salaire à la suite de la faute de l'assuré de la défenderesse.

Les juges d'appel qui, sur ces bases, rejettent l'action du demandeur concernant le salaire payé à un membre du personnel atteint d'une incapacité de travail pendant la période du 27 au 31 décembre 2010 en se fondant sur l'article 14, § 3, de la loi sur les accidents du travail dans le secteur public, justifient légalement leur décision ».

Le champ d'application de cet arrêt n'apparaît toutefois pas clairement. Intéresse-t-il le recours direct de l'employeur public ? La question mérite d'être posée dans la mesure où la Cour de cassation fait état du rejet de l'action du demandeur sur le fondement de l'article 14, § 3, de la loi sur les accidents du travail dans le secteur public. Le pourvoi ne permet pas de lever le doute mais confirme que l'action du demandeur était fondée sur l'article 1382 du Code civil.

Il apparaît d'ailleurs difficile de situer le raisonnement de la Cour de cassation dans le cadre de la subrogation étant donné qu'aux termes de son recours subrogatoire, l'employeur public est autorisé à récupérer le salaire net, qu'il s'agisse de journées prestées ou non. La discussion portant sur la contrepartie à des prestations de travail, laquelle est incontestablement au cœur de l'arrêt du 14 décembre 2017, ne présente donc d'intérêt qu'en ce qui concerne le recours que l'employeur public introduit sur la base de l'article 1382 du Code civil.

⁸⁶ Cass., 14 décembre 2017, R.G. n° C.17.0275.N, inédit ; la traduction proposée est libre.

L'arrêt fait référence à l'article 14, § 2, de l'arrêté royal du 19 novembre 1998 relatif aux congés et aux absences accordés aux membres du personnel des administrations de l'État. Cet article accorde aux agents de l'État fédéral des congés légaux du 27 au 31 décembre 2010 en remplacement des jours fériés qui coïncident avec un jour non ouvrable.

Dans l'hypothèse – vraisemblable – où l'arrêt concernerait le recours direct de l'employeur public, il conviendrait d'en déduire que l'employeur public doit défalquer de sa réclamation formulée sur la base de l'article 1382 du Code civil les rémunérations correspondant à l'ensemble des jours non prestés. Les retombées de cet arrêt pourraient être importantes, en particulier en ce qui concerne le recours des Communautés française et flamande dans la mesure où les enseignants bénéficient des vacances scolaires.

Il s'agirait alors d'une nouvelle entaille au recours de l'employeur public qui ne pourrait que conduire à considérer celui-ci comme une coquille vide, le bénéfice obtenu à l'issue d'une réclamation calculée au départ de montants bruts apparaissant bien mince en raison des postes qu'il convient de déduire d'une réclamation formulée sur la base des articles 1382 et 1383 du Code civil.

§ 2. Le projet de réforme

Les controverses qui animent le recours direct de l'employeur public ne semblent pas devoir trouver de réponse dans l'avant-projet de réforme du droit de la responsabilité. En effet, l'exposé des motifs explique que « Les recours des tiers payeurs après indemnisation mériteraient d'être complètement réorganisés. Au fur et à mesure de la multiplication des recours directs ou subrogatoires consacrés par les lois particulières qui viennent s'ajouter à ceux issus du droit commun sur le fondement des articles 1382 et 1383 du Code civil, la matière est devenue une véritable jungle. Vu la complexité de la tâche, la multiplicité des acteurs concernés (assureurs, mutuelles, C.P.A.S.,...) et la diversité des enjeux et des compétences, l'idée de remettre de l'ordre dans cette matière a finalement été abandonnée dans le cadre de ce projet »⁸⁷.

L'on y trouve cependant ici et là des dispositions qui intéressent la matière.

A. L'atteinte à un intérêt juridiquement protégé

À l'heure d'expliquer l'article 5.171 de l'avant-projet de loi qui, pour rappel, prévoit que « Le dommage consiste dans les répercussions économiques ou non économiques d'une atteinte à un intérêt juridiquement protégé », les

⁸⁷ Exposé des motifs, p. 15.

réformateurs offrent une assise au recours direct de l'employeur public tel qu'il résulte de la jurisprudence actuelle de la Cour de cassation.

En effet, ceux-ci précisent que «lorsque l'employeur réclame au tiers responsable, sur le fondement des articles 1382 et 1383 du Code civil, remboursement des salaires payés pendant l'indisponibilité de son travailleur, il se prévaut d'une atteinte au droit de créance qui découle du contrat de travail noué avec celui-ci puisqu'il ne pourra plus bénéficier des prestations de travail. Il faut considérer, selon l'analyse proposée, qu'à la différence du droit allemand, le droit de créance de l'employeur est un intérêt qui mérite protection et que le dommage s'analyse dans la perte des prestations de travail. Le salaire brut que celui-ci a dû payer pendant la période d'absence du travailleur ne sert, quant à lui, qu'à mesurer les contours du dommage patrimonial qu'il a subi à la suite de cette atteinte»⁸⁸. Les propos de Th. Dubuisson reproduits ci-dessus allaient déjà dans ce sens⁸⁹.

Sous l'ère de la réforme, rien n'interdirait à l'employeur public de se prévaloir d'un intérêt juridiquement protégé à voir son patrimoine tenu indemne du paiement de toute rente d'incapacité permanente, en contradiction avec ce qui est décidé à l'heure actuelle par la Cour de cassation. À cet égard, l'article 1^{er} du Protocole additionnel à la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales prévoit, dans un premier alinéa, que «Toute personne physique ou morale a droit au respect de ses biens» et, dans un second, que «Nul ne peut être privé de sa propriété que pour cause d'utilité publique et dans les conditions prévues par la loi et les principes généraux du droit international». Au regard de ce deuxième alinéa, peut-être la possibilité demeure-t-elle de contester l'existence d'un intérêt dans le chef de l'employeur public dans la mesure où les dépenses de celui-ci s'apparentent à un régime de sécurité sociale et participent, de ce fait, à l'utilité publique (voy. *supra*).

B. Le dommage par ricochet

Eu égard à la critique que nous avons développée ci-dessus en ce qui concerne la qualité, dans le chef de l'employeur public, de préjudicié par ricochet, il convient de vérifier ce que le projet de réforme du droit de la responsabilité prévoit en cette matière.

Celui-ci a pris position sur la controverse évoquée ci-dessus. Dans un article 5.175, il définit, en son alinéa 1^{er}, le dommage par ricochet comme «un dommage propre subi par une personne, résultant d'une atteinte portée préa-

⁸⁸ Exposé des motifs, p. 149.

⁸⁹ Th. Dubuisson, *op. cit.*, p. 99.

lablement à l'intérêt d'une autre personne avec laquelle la première a un lien de droit ou un lien d'affection suffisamment étroit». Dans un second alinéa, il précise que «Le responsable peut opposer à la personne lésée par ricochet les mêmes moyens de défense au fond que ceux qu'il aurait pu opposer à la victime directe».

Le projet de réforme a beau avoir indiqué qu'il n'entendait pas pénétrer dans la jungle des recours des tiers payeurs, il nous paraît y abattre quelques arbres. En effet, si le projet de réforme du droit de la responsabilité venait à être adopté, il nous paraît impensable que l'affirmation de la Cour de cassation selon laquelle «l'étendue de la subrogation est sans incidence sur le recours de l'employeur public» puisse subsister, à telle enseigne que la haute juridiction serait amenée à revoir sa copie.

En effet, l'exclusion des charges sociales et fiscales apparaît comme un moyen de défense au fond vis-à-vis de la victime directe qui pourra, par conséquent, être opposé par le responsable ou son assureur. N'en déplaise aux réformateurs qui avaient laissé entendre que le recours direct de l'employeur public demeurerait circonscrit par le salaire brut⁹⁰. Ceux-ci confirment d'ailleurs qu'un employeur privé ou public peut aussi subir un dommage par ricochet du fait qu'il est tenu de payer le salaire de la victime directe pendant l'indisponibilité de son travailleur imputable à un tiers responsable, alors qu'il ne bénéficie plus des prestations de travail» tout en soulignant que les moyens de défense concernés ne visent pas uniquement la faute contributive de la victime directe⁹¹.

Dans la mesure où l'analyse présentée dans les lignes qui précèdent invite à réduire l'ampleur du recours direct accordé à l'employeur public, nous ne nous attarderons pas, dans le cadre de la présente contribution, sur la question de l'élargissement – critiquable – de la jurisprudence de la Cour de cassation au bénéfice de l'employeur privé⁹².

⁹⁰ Exposé des motifs, p. 149.

⁹¹ Exposé des motifs, pp. 163 et s.

⁹² Sur cette question, voy. X. THUNIS et B. FOSSÉPREZ, «Un autre mode de transfert des créances : le paiement subrogatoire en droit belge», in *La transmission de l'obligation*, Bruxelles, Larcier, pp. 506 et s., à paraître.

Section 3

L'état antérieur

Sous-section 1

Un bref état des lieux⁹³

Dans un arrêt du 2 février 2011, la Cour de cassation indiquait qu'«il n'appartient pas aux juges du fond de se fonder sur un état antérieur pathologique antérieur de la victime pour réduire, en proportion de cet état, l'indemnisation du dommage qu'elle a subi par la suite d'une faute sans laquelle le préjudice ne se serait pas produit tel qu'il s'est réalisé»⁹⁴.

Le professeur J.-L. Fagnart estime pouvoir dégager de cet arrêt «trois principes :

- 1) Il faut présumer que la victime, avant l'accident, se trouvait dans un parfait état de «non-invalidité».
- 2) Même si la preuve certaine d'un état antérieur invalidant est apportée, il s'agit d'un élément dénué de pertinence qui ne peut réduire l'indemnisation.
- 3) Il est dérogé aux principes ci-dessus uniquement s'il est démontré qu'en l'absence de l'accident, la victime, à une date déterminée, aurait été atteinte d'une invalidité identique à celle que l'on peut constater»⁹⁵.

Cette thèse, partagée par d'autres⁹⁶, ne nous avait pas convaincue dans la mesure où elle contribue à mettre à charge du responsable l'indemnisation de lésions qui ne sont pas en lien de causalité avec l'accident⁹⁷. Nous partageons ainsi les avis de J.-C. Thiry et D. Coco⁹⁸ ou encore de N. Simar et B. Devos⁹⁹.

Depuis lors, la Cour de cassation n'a, à notre connaissance, pas eu l'opportunité de se pencher à nouveau sur la question de l'état antérieur, à tout

le moins en droit commun de la responsabilité civile. Elle n'a donc pas eu la possibilité de trancher le débat suscité par son arrêt du 2 février 2011.

Le Professeur Fagnart a entrepris d'interroger l'état actuel de la jurisprudence des juridictions de fond en matière d'état antérieur¹⁰⁰. Cette mise au point intervient à l'occasion d'un jugement rendu par le Tribunal de première instance de Bruxelles qui estime que «les difficultés d'interprétation suscitées par l'arrêt du 2 février 2011 résultent en réalité de la confusion qui est opérée entre le préjudice lésionnel et le dommage fonctionnel» et en déduit qu'«il y a lieu d'examiner, pour chaque poste du dommage dont la réparation est demandée par V., si les troubles allégués se seraient produits de la même manière, à la même date, avec la même intensité et avec les mêmes conséquences, en l'absence de la faute commise par le docteur L.»¹⁰¹.

Commentant ce jugement, le Professeur Fagnart rappelle son point de vue selon lequel le sort à réserver à l'état antérieur est identique en droit commun et en droit des accidents du travail. Il en voit pour preuve un arrêt de la Cour de cassation du 6 janvier 1993 qui, constate-t-il, «dérangeait sans doute les débiteurs d'indemnités. Ils ont organisé la conspiration du silence». Le constat étonne dans la mesure où l'arrêt lui était déjà familier lorsqu'il a systématisé, avec le Professeur Lucas et Madame Rixhon, les solutions dont nous appelons le maintien. Cet arrêt ne l'avait d'ailleurs pas empêché d'affirmer notamment que dans l'hypothèse d'un traumatisme qui aggrave une pathologie existante et évolutive, «seule l'aggravation des dommages est en relation causale avec l'accident et est donc indemnisable»¹⁰² et de s'écarter ainsi d'un principe de neutralité dont il prétend aujourd'hui qu'il était déjà consacré par l'arrêt du 6 janvier 1993¹⁰³.

Plus fondamentale est la constatation suivante : «malgré l'irritation de certains auteurs engagés, la jurisprudence de la Cour de cassation semble bien suivie par les juges du fond»¹⁰⁴. Sur ce point, nous ne pouvons que lui donner raison.

En complément des décisions citées par ses soins, mentionnons un jugement rendu par la 42^e chambre du Tribunal de police francophone de Bruxelles le 20 mars 2018¹⁰⁵ qui, après avoir repris les termes de l'arrêt de la Cour de

⁹³ Pour un état des lieux plus détaillé, voy. B. Fosséprez, *op. cit.*, pp. 81-144.

⁹⁴ Cass., 2 février 2011, *Consilio*, 2014, p. 23, notes I. LUTTE et J.-C. THIRY et D. COCO ; *Pas.*, 2011, p. 394 ; *R.G.A.R.*, 2011, n° 14801 ; *R.W.*, 2012-2013, p. 300, note B. WEYTS.

⁹⁵ J.-L. FAGNART, «L'état antérieur revisité par la Cour de cassation», in *L'évaluation et la réparation du dommage corporel. Questions choisies*, Limal, Anthemis, 2013, pp. 85-86.

⁹⁶ B. CEULEMANS, «L'expertise médicale sous le prisme des tableaux indicatifs 2008 et 2012 : colonne vertébrale de l'indemnisation du préjudice corporel?», *For. ass.*, 2012, p. 207 ; P. STAQUET, «État antérieur d'une victime : à prendre ou à laisser?», *R.G.A.R.*, 2012, n° 14850 ; I. LUTTE, «L'état antérieur de la victime : vraie question ou faux débat?», in *Droit médical - Dommage corporel. État des lieux et perspectives*, Limal, Anthemis, 2014, pp. 204 et s. ; I. LUTTE, «L'état antérieur de la victime : essai de synthèse», obs. sous Cass., 2 février 2011, *Con. M.*, 2014, p. 41.

⁹⁷ B. Fosséprez, *op. cit.*, pp. 90 et s.

⁹⁸ J.-C. THIRY et D. COCO, «L'état antérieur : changement ou continuité?», obs. sous Cass., 2 février 2011, *Consilio*, 2014, p. 44.

⁹⁹ N. SIMAR et B. DEVOS, «Prédispositions pathologiques et état antérieur : une tempête dans un verre d'eau?», *R.G.A.R.*, 2015, n° 15150.

¹⁰⁰ J.-L. FAGNART, «État actuel de la jurisprudence concernant l'état antérieur», obs. sous Civ. Bruxelles (11^e ch.), 3 octobre 2016, *Consilio*, 2017, liv. 2, pp. 90 et s.

¹⁰¹ Civ. Bruxelles (11^e ch.), 3 octobre 2016, *Consilio*, 2017, liv. 2, pp. 92-93, obs. J.-L. FAGNART.

¹⁰² J.-L. FAGNART, P. LUCAS et E. RIXHON, «Prédisposition et état antérieur», in *Nouvelle approche des préjudices corporels. Évolution! Révolution? Résolutions...*, Louvain-la-Neuve, Anthemis, 2009, pp. 62 et s., part. note 115.

¹⁰³ La pensée de l'auteur a cependant pu évoluer sur ce point et l'interprétation de l'arrêt de la Cour de cassation du 6 janvier 1993 être, par conséquent, modifiée.

¹⁰⁴ J.-L. FAGNART, «État actuel de la jurisprudence concernant l'état antérieur», *op. cit.*, pp. 90 et s.

¹⁰⁵ Pol. Bruxelles (fr.) (42^e ch.), 20 mars 2018, *C.R.A.*, 2018, liv. 3, p. 43.

cassation du 2 février 2011 et l'interprétation que le Professeur Fagnart en a proposée, ordonne une expertise complémentaire en vue de préciser notamment quels sont les taux d'incapacité temporaire et permanente présentés par la victime, indépendamment d'un éventuel état antérieur dans son chef.

Plus curieuse est la décision rendue par la 9^e chambre du Tribunal de police francophone de Bruxelles le 11 janvier 2017¹⁰⁶. Dans le débat portant sur l'indemnisation du préjudice futur, celui-ci avait indiqué ne pas estimer que « les séquelles permanentes reconnues par l'expert O. ne seront pas compensées avec le temps, contrairement à ce que peut prétendre Monsieur B. sans en apporter à suffisance de droit la preuve » et que « cette preuve est d'autant moins rapportée que Monsieur B. souffrait déjà avant l'accident du 29 janvier 2010 d'un important état antérieur de cervicarthrose, d'une pathologie à l'épaule et d'une usure anormale des genoux en raison de son travail ». Il n'est pas précisé que le Tribunal n'a pas souhaité appliquer le principe de neutralité de l'état antérieur que le Professeur Fagnart défend au départ de l'arrêt de la Cour de cassation du 2 février 2011. Il semble néanmoins tenir compte de l'état antérieur à travers l'octroi d'un montant forfaitaire dès lors qu'il explique que « seul le calcul forfaitaire de l'indemnisation du dommage permanent est susceptible de tenir compte de l'effet d'accoutumance et de la nécessaire adaptation d'une victime à ses souffrances et à leurs conséquences quand celles-ci se stabilisent au fil du temps et quand celles-ci sont minimales ».

Dans un arrêt du 15 juin 2018, la Cour d'appel de Liège a affirmé qu'« En vertu du principe de l'équivalence des conditions, dans la mesure où l'accident est une condition *sine qua non* du dommage, le responsable est tenu à l'entière réparation. En règle, sont ainsi mis à charge du responsable tous les risques, même ceux liés à l'action invalidante d'un état antérieur »¹⁰⁷. Il n'est toutefois pas possible de tirer de cet arrêt la moindre conclusion en ce qui concerne l'interprétation à réserver à l'arrêt de la Cour de cassation du 2 février 2011 étant donné que la victime présentait un état pathologique avéré, totalement compensé par une thérapeutique. En effet, la victime était atteinte, avant le fait dommageable, d'une myopie qui était corrigée par le port de lentilles ou de lunettes tandis qu'elle s'est retrouvée, au lendemain du fait dommageable, quasiment aveugle. Or, aux termes des subtiles distinctions dont nous appelons le maintien, l'état pathologique avéré doit faire l'objet d'une indemnisation totale, à moins que les experts ne puissent « affirmer qu'en toutes hypothèses, il y aurait eu, à un moment donné, une décompensation compte tenu de l'évolu-

tion normale de la maladie », auquel cas seule l'anticipation des troubles fonctionnels est indemnisable¹⁰⁸.

Par un arrêt du 27 avril 2018, la Cour d'appel de Liège n'avait pas trouvé matière à critiquer un rapport d'expertise alors même que l'expert avait indiqué avoir fixé les taux d'incapacité permanente sans tenir compte de l'état antérieur de la victime (migraines préexistantes)¹⁰⁹. Or, la théorie de l'indifférence de l'état antérieur aurait dû conduire à formuler une critique sur ce point. Il en résulte apparemment que la Cour d'appel de Liège n'a pas entendu consacrer cette théorie. La prudence impose toutefois de relativiser cette conclusion étant donné que le magistrat peut ne pas avoir été « autorisé » par les parties à soulever pareille critique.

Sous-section 2

Quoi de neuf, Maître ?

Même si la jurisprudence semble retenir la thèse de la neutralité de l'état antérieur, la bataille n'est pas pour autant perdue. En effet, la jurisprudence qui adopte la lecture de l'arrêt du 2 février 2011 proposée par le Professeur Fagnart pourrait bien être appelée à virer de bord dans un avenir plus ou moins proche, compte tenu de l'avant-projet de loi portant insertion des dispositions relatives à la responsabilité extracontractuelle dans le nouveau Code civil.

En effet, la Commission de réforme a vraisemblablement entendu trancher la controverse qui anime la doctrine depuis le prononcé de l'arrêt de la Cour de cassation du 2 février 2011, bien que cet arrêt ne soit pas visé dans l'exposé des motifs. Ce dernier se contente d'indiquer, dans l'introduction générale, qu'en ce qui concerne la réparation du dommage, « L'influence des prédispositions pathologiques ou de l'état antérieur de la personne lésée fait l'objet d'une disposition spécifique qui tient compte de l'état actuel de la jurisprudence »¹¹⁰. Dans la mesure où la jurisprudence actuelle s'oriente progressivement vers une indifférence de l'état antérieur, la solution consacrée n'apparaît toutefois pas clairement.

L'article 5.177 s'attaque aux prédispositions pathologiques de la victime et consacre, sous le titre de la vulnérabilité particulière de la personne lésée, la jurisprudence existante en ces termes : « La vulnérabilité particulière de la personne lésée qui est une des causes du dommage, n'a pas pour effet de réduire

¹⁰⁶ Pol. Bruxelles (fr.) (9^e ch.), 11 janvier 2017, *E.P.C.*, 2017, liv. 25, III.2.Bruxelles, p. 219.

¹⁰⁷ Liège, 15 juin 2018, R.G. n° 2017/RG/174, disponible sur : <http://www.juridat.be>.

¹⁰⁸ J.-L. FAGNART, P. LUCAS et E. RIXHON, *op. cit.*, p. 76.

¹⁰⁹ Liège, 27 avril 2018, R.G. n° 2016/IC/105, disponible sur : <http://www.juridat.be>.

¹¹⁰ Exposé des motifs, p. 9.

son droit à réparation». Il n'y avait d'ailleurs pas de discussion sur ce point, quoiqu'en pensent les réformateurs¹¹¹.

L'article 5.178 s'empare de la question de l'état antérieur, autrement plus débattue. Dans un premier alinéa, il indique que «Si le fait générateur de la responsabilité a eu pour conséquence d'anticiper la survenance d'un dommage qui serait survenu même sans ce fait, seul le dommage qui résulte de cette anticipation est réparé». Dans un second alinéa, il indique que «Si la personne lésée avait déjà subi un dommage ou souffrait déjà d'une incapacité avant le fait générateur de responsabilité, seul le dommage nouveau ou l'aggravation du dommage déjà existant doit être réparé».

Les réformateurs du droit de la responsabilité s'opposent ainsi à la neutralisation de l'état antérieur. Cela est confirmé par l'exposé des motifs : «La disposition implique donc que le juge doit prendre en considération l'état préexistant de la personne lésée dans la mesure où le dommage aurait existé même sans le fait générateur»¹¹².

La position adoptée par le projet de réforme apparaît d'autant plus nettement que la thèse de l'indifférence de l'état antérieur devait recevoir exception lorsque le responsable prouve que le dommage serait survenu tel qu'il s'est produit *in concreto* sans la faute. Il n'était, par conséquent, question que de la seule anticipation¹¹³. Cette situation étant visée par l'alinéa 1^{er}, l'alinéa 2 ne peut qu'être interprété en faveur de la prise en considération de l'état antérieur. Là où une certaine doctrine prônait l'indifférence de l'état antérieur, nous nous réjouissons de constater que les réformateurs ne sont pas restés indifférents à l'état antérieur...

Un seul bémol est à mentionner : l'absence de définition des hypothèses visées par les articles 5.177 et 5.178 peut conduire à un flou concernant les limites respectives des dispositions. D'après l'exposé des motifs, l'article 5.177 concerne l'hypothèse d'une personne lésée qui, avant le fait générateur, «se trouvait dans une situation normale parce que cette prédisposition ou cette sensibilité par rapport au dommage ne s'était pas encore manifestée» ou «n'avait pas encore entraîné une diminution de la capacité de la personne lésée»¹¹⁴. L'état antérieur doit-il être défini, par opposition, comme la situation où la personne lésée présente une diminution de sa capacité ? Dans l'affirmative, l'hypothèse visée par l'article 5.178, alinéa 1^{er}, n'apparaît pas nettement puisque l'anticipation d'un dommage à laquelle cette disposition fait référence

¹¹¹ Exposé des motifs, p. 167 : «L'influence de cette vulnérabilité préexistante sur la fixation de l'indemnisation est une source de discussion dans la doctrine et la jurisprudence».

¹¹² Exposé des motifs, p. 169.

¹¹³ J.-L. FAGNART, «L'état antérieur revisité par la Cour de cassation», *op. cit.*, pp. 85-86.

¹¹⁴ Exposé des motifs, p. 166.

laisse à penser qu'avant le fait générateur, la personne lésée ne souffrait d'aucun dommage ou incapacité. Cela est d'ailleurs confirmé par l'alinéa 2 de l'article 5.178 qui concerne explicitement l'hypothèse où un dommage ou une incapacité est déjà présent. Il est, par conséquent, permis de se demander si l'hypothèse visée par l'article 5.178, alinéa 1^{er}, ne relève pas de l'article 5.177. L'exposé des motifs précise toutefois que «L'article 5.178, alinéa 1^{er}, traite du cas où au moment de l'accident, la personne lésée était déjà atteinte dans son intégrité physique ou dans sa santé et où le fait générateur de responsabilité a accéléré le processus dommageable qui était déjà en cours à ce moment». S'il est donc question d'une atteinte à l'intégrité physique, celle-ci ne ressort pas du texte de l'article 5.178 qui, sous cet angle, apparaît perfectible¹¹⁵.

Section 4

L'imputation des provisions¹¹⁶

Sous-section 1

Un bref état des lieux

La question de l'imputation des provisions relève du champ d'application de l'article 1254 du Code civil. Cette disposition précise que «Le débiteur d'une dette qui porte intérêt ou produit des arrérages, ne peut point, sans le consentement du créancier, imputer le paiement qu'il fait sur le capital par préférence aux arrérages ou intérêts : le paiement fait sur le capital et intérêts, mais qui n'est point intégral, s'impute d'abord sur les intérêts».

Par un arrêt du 23 septembre 1986, la Cour de cassation a refusé que les provisions s'imputent sur les intérêts compensatoires. Elle a justifié son point de vue de la façon suivante :

«Attendu que les intérêts compensatoires font partie intégrante de l'indemnité réparant le dommage causé par la faute ; que, comme ils indemnisent le dommage complémentaire résultant du retard dans le paiement de l'indemnité à laquelle la partie lésée a droit au jour où le dommage est né, ils ne sont dus que sur ce qui doit être payé après la survenance du dommage pour réparer entiè-

¹¹⁵ En ce sens, voy. P. COLSON, «Les effets de la responsabilité. La réparation des dommages : unité ou diversité ? Rapport belge», Rapport provisoire rédigé dans le cadre du séminaire GRERCA intitulé *La réforme du droit de la responsabilité en France et en Belgique. Regards croisés et aspects de droit comparé*, pp. 25 et s. ; le rapport définitif paraîtra aux éditions Bruylant dans le courant de l'année 2019.

¹¹⁶ Le présent chapitre comprend un résumé de la note d'observations que nous avons publiée à la RGAR sous un arrêt de la Cour de cassation du 6 octobre 2016 : B. FOSSÉPREZ, «L'imputation des provisions en matière extracontractuelle : un espoir déçu», *R.G.A.R.*, 2019/1, n° 15534.

rement celui-ci; que l'imputation sur les intérêts compensatoires, par application de la règle posée par l'article 1254 du Code civil, de paiements tendant à indemniser le dommage né d'un acte illécite, aboutit à l'allocation d'une indemnité en réparation d'un dommage inexistant; que l'arrêt a violé les articles 1382 et 1383 du Code civil en décidant que les provisions qui ont été payées pour indemniser le dommage, à défaut de clause contraire, doivent d'abord être imputées sur les intérêts compensatoires»¹¹⁷.

Si cet arrêt concernait la matière extracontractuelle, son enseignement paraissait devoir s'étendre à la matière contractuelle. La Cour de cassation en a toutefois décidé autrement. Dans un arrêt du 28 octobre 1993, elle a réservé un sort distinct aux intérêts compensatoires dus en matière contractuelle :

«Attendu qu'aux termes de l'article 1254 du Code civil, le débiteur d'une dette qui porte intérêt ou produit des arrérages, ne peut point, sans le consentement du créancier, imputer le paiement qu'il fait sur le capital par préférence aux arrérages ou intérêts; que, s'agissant en l'espèce de la matière contractuelle, cette disposition s'applique notamment aux intérêts compensatoires dus à la suite du retard apporté au paiement de l'indemnité à laquelle la partie lésée a droit au jour où le dommage est né»¹¹⁸.

La doctrine n'a pas manqué de critiquer cette jurisprudence incohérente en plaçant en faveur d'un alignement de la solution adoptée en matière contractuelle sur celle adoptée en matière extracontractuelle¹¹⁹.

Tandis que d'aucuns semblaient admettre l'inapplicabilité de l'article 1254 du Code civil aux intérêts compensatoires, le Professeur Fagnart a rompu une lance en faveur d'une application de l'article 1254 du Code civil aux provisions versées en matière extracontractuelle. La solution proposée était justifiée au départ du texte même de l'article 1254, de sa place dans le Code civil, de son but, de la tradition, de la cohérence de la jurisprudence, de la raison et enfin de

¹¹⁷ Cass., 23 septembre 1986, Arr. Cass., 1986-1987, p. 93, Bull., 1987, p. 87, J.T., 1987, p. 173, Pas., 1987, I, p. 87, R.W., 1986-1987, p. 2143; cette jurisprudence a été confirmée par les arrêts suivants : Cass., 7 février 1997, R.G. n° C.95.0110.N, disponible sur : <http://www.juridat.be>; Cass., 22 octobre 2003, R.G. n° P.03.0669.F, disponible sur : <http://www.juridat.be>.

¹¹⁸ Cass., 28 octobre 1993, J.L.M.B., 1995, p. 1232, obs. I. DURANT.

¹¹⁹ I. DURANT, «L'article 1254 du Code civil : un texte moins clair qu'il n'y paraît», obs. sous Cass., 28 octobre 1993, J.L.M.B., 1995, pp. 1239-1240; P. VAN OMMESELAGHE, *Droit des obligations*, t. 2, coll. Traité de droit civil belge, Bruxelles, Bruylant, 2013, p. 2102; I. SAMOY, S. STIJNS et S. JANSEN, «Dommages et intérêts compensatoires et moratoires», in *Le dommage et sa réparation dans la responsabilité contractuelle et extracontractuelle. Études de droit comparé*, Bruxelles, Bruylant, 2015, pp. 186-187; C. MARR, «Les frais et l'imputation des paiements», in *Chronique de jurisprudence sur les causes d'extinction des obligations (2000-2013)*, Bruxelles, TNE, 2014, p. 86.

l'article 1244 du Code civil qui dispose que le débiteur ne peut pas forcer le créancier à recevoir en partie le paiement d'une dette même divisible¹²⁰.

Dans ce contexte, un arrêt de la Cour de cassation du 18 septembre 2014 a fait grand bruit. Il s'exprime en ces termes :

«Il suit de ces dispositions que, en règle, le paiement partiel de la dette propre par un débiteur *in solidum* s'impute d'abord sur les intérêts de la dette due par les codébiteurs *in solidum* au créancier en réparation intégrale de son dommage, sans que les exceptions opposées par ce débiteur *in solidum* qui limitent le montant de sa dette propre à l'égard du créancier affectent, en le diminuant, le montant de la dette due par les codébiteurs *in solidum* au créancier en réparation intégrale de son dommage, partant, la dette propre des autres codébiteurs *in solidum*»¹²¹.

Le premier commentateur de cet arrêt lui avait accordé la portée d'un revirement de jurisprudence, estimant qu'il se rangeait à l'avis de la doctrine militant en faveur d'une application de l'article 1254 du Code civil à tous les intérêts¹²², en ce compris les intérêts compensatoires. Il avait toutefois reconnu peu après qu'il convenait de faire preuve de prudence dans la mesure où «l'arrêt annoté ne contient malheureusement que peu d'informations en ce qui concerne le type de responsabilité encourue par les codébiteurs *in solidum*»¹²³.

Sous-section 2

Quoi de neuf, Maître ?

Au rang des nouveautés, figure un arrêt de la Cour de cassation du 6 octobre 2016 dont la publicité n'a été assurée que récemment¹²⁴, l'arrêt n'ayant apparemment pas été sélectionné pour publication par la Cour de cassation. Alors que la jurisprudence de fond s'est laissée séduire par la perspective d'un revirement de jurisprudence¹²⁵, la Cour de cassation a réitéré la solution issue de son arrêt du 23 septembre 1986.

¹²⁰ J.-L. FAGNART, «Intérêts et provisions», *Tableau indicatif 2012*, Bruxelles, la Charte, 2012, p. 215.

¹²¹ Cass., 18 septembre 2014, R.G. n° C.13.0379.F, disponible sur : <http://www.juridat.be>.

¹²² J. VAN MEERBEECK, «Du nouveau dans l'imputation des provisions en matière extracontractuelle?», *Les pages*, 2015, liv. 2, p. 3.

¹²³ J. VAN MEERBEECK, «Le retour de l'article 1254 du Code civil en matière extracontractuelle», in *Responsabilité – Assurances – Accidents du travail. Recueil de jurisprudence*, vol. IV, *Jurisprudence 2014*, Limal, Anthemis, 2016, p. 124.

¹²⁴ Cass., 6 octobre 2016, R.G.A.R., 2019/1, n° 15541, obs. B. FOSSÉPREZ.

¹²⁵ Voy. notamment Civ. Bruxelles (fr.) (77° ch.), 9 juin 2015, R.G. n° 07/6525/A., disponible sur : <http://www.juridat.be>; Civ. Bruxelles (fr.) (77° ch.), 31 mai 2016, R.G.A.R., 2017, n° 15391; Civ. Bruxelles (fr.) (75° ch.), 27 janvier 2017, R.G.A.R., 2017, n° 15397.

Depuis la publication de l'arrêt de la Cour de cassation du 6 octobre 2016, nous avons été mis en possession du mémoire en réponse auquel la Cour a dû avoir égard. Il en ressort que les controverses qui agitent sa jurisprudence n'ont pas été évoquées. Il nous paraît toutefois significatif que la Cour de cassation ait reconnu la violation des articles 1382 et 1383 du Code civil alors qu'elle était invitée à constater que le moyen libellé sur cette base manquait tant en fait qu'en droit. La solution juridique issue de l'arrêt du 23 septembre 1986 semble donc bel et bien prévaloir aux yeux de la Cour de cassation, nonobstant le fait qu'elle n'ait pas sélectionné son arrêt pour publication.

Nous ne pouvons qu'approuver l'absence de revirement de jurisprudence, bien que la motivation utilisée par la Cour de cassation pour exclure les intérêts compensatoires en matière extracontractuelle du champ d'application de l'article 1254 du Code civil nous laisse perplexe. En effet, comment pourrait-il être question d'un dommage inexistant alors que des intérêts compensatoires sont déjà échus à l'heure où la victime perçoit une provision ?

Indépendamment de cette motivation critiquable, l'inapplicabilité de l'article 1254 du Code civil aux intérêts compensatoires nous paraît seule à même de respecter la différence de nature entre intérêts compensatoires et intérêts moratoires, les premiers étant soumis au principe de la réparation intégrale tandis que les seconds répondent au prescrit de l'article 1153 du Code civil. En cela, ils bénéficient d'une double présomption irréfragable aux termes de laquelle l'existence d'un dommage lié au retard de paiement est présumée tandis que l'étendue de ce dommage est déterminée de manière forfaitaire en recourant au taux de l'intérêt légal.

Nous n'ignorons pas qu'en pratique, les intérêts compensatoires sont calculés au départ de l'intérêt légal, ce qui a obscurci la distinction qui existe entre les intérêts moratoires et les intérêts compensatoires. Toutefois, cette différence existe et conduit à constater que les intérêts compensatoires, à la différence des intérêts moratoires, ne sont pas des intérêts produits par un capital et échappent donc à l'application de l'article 1254 du Code civil, que ce soit en matière contractuelle ou en matière extracontractuelle.

L'absence d'un revirement de jurisprudence en matière extracontractuelle ne nous paraît toutefois pas sonner le glas de l'imputation des provisions sur les intérêts compensatoires. S'il est libre d'apprécier l'existence et l'étendue du dommage lié au retard de paiement d'une dette de valeur, le juge devrait rester libre, dans l'hypothèse où il aurait choisi d'évaluer les intérêts compensatoires en se référant au taux de l'intérêt légal, d'ordonner que les provisions soient déduites par priorité sur lesdits intérêts s'il estime que cela est nécessaire à la réparation intégrale du dommage.

Les discussions présentées ci-dessus semblent avoir trouvé un écho dans la réforme du Code civil. En effet, l'article 5.284 de la proposition de loi portant insertion du livre 5 « Les obligations » dans le nouveau Code civil précise que « Le débiteur d'une dette qui porte intérêt rémunérateur ou moratoire ou produit des arrérages, ne peut pas, sans le consentement du créancier, imputer le paiement qu'il fait sur le capital par préférence aux arrérages ou intérêts ; le paiement fait sur le capital et les intérêts, mais qui n'est pas intégral, s'impute d'abord sur les intérêts »¹²⁶. La modernisation du texte de l'actuel article 1254 du Code civil s'accompagne donc d'une précision concernant son champ d'application, lequel est limité aux intérêts rémunérateurs ou moratoires. Les intérêts compensatoires en sont donc exclus. Cela est confirmé par les commentaires réservés aux articles de la proposition de loi : « Cette disposition reproduit les termes de l'article 1254 du Code civil en limitant toutefois sa portée aux intérêts rémunérateurs et moratoires. Le texte ne s'applique donc pas aux intérêts compensatoires, que ce soit en matière de responsabilité contractuelle ou en matière de responsabilité extracontractuelle »¹²⁷.

Dans l'hypothèse où la proposition de loi viendrait à être adoptée, un revirement de la jurisprudence de la Cour de cassation devrait avoir lieu, mais dans un sens tout à fait différent de celui qui a ému la doctrine et la jurisprudence au lendemain de l'arrêt du 18 septembre 2014.

Section 5 L'indemnisation du préjudice futur

Sous-section 1 Un bref état des lieux

Dans le cadre de l'indemnisation du préjudice futur, trois méthodes se côtoient : la rente, la capitalisation et le forfait. La question de la priorité à accorder à l'une de ces méthodes a déjà fait couler beaucoup d'encre¹²⁸. Dans

¹²⁶ Proposition de loi portant insertion du livre 5 « Les obligations » dans le nouveau Code civil, *Doc.*, Ch., 2018-2019, n° 3709/001, p. 333.

¹²⁷ Proposition de loi portant insertion du livre 5 « Les obligations » dans le nouveau Code civil, *Commentaire des articles*, *Doc.*, Ch., 2018-2019, n° 3709/001, pp. 236-237.

¹²⁸ Voy. notamment : J.-L. FAGNART, « La capitalisation d'indemnités forfaitaires », *For. ass.*, 2007, p. 83 ; D. MAYERUS, « Comment évaluer le plus justement possible en droit commun la partie déjà subie du dommage permanent », *R.G.A.R.*, 2008, n° 14373 ; Th. PAPART, « Forfait : n.m., crime audacieux... – Adéquation des différentes méthodes de calcul du préjudice futur », *R.G.A.R.*, 2010, n° 14603 ; N. SIMAR, « La capitalisation du dommage : la messe est loin d'être dite », *J.L.M.B.*, 2012, p. 1301 ; C. MÉLOTTE, « La capitalisation du dommage moral : une question enfin réglée ? », *For. ass.*, 2012, p. 96 ; Th. PAPART, « La méthode de la capitalisation consacrée comme mode principal d'indemnisation du préjudice futur résultant d'incapacités permanentes », *J.L.M.B.*, 2012, liv. 15, pp. 688-690 ; D. de CALLATAÏ, « En route vers un réel devoir de motivation du recours à l'évaluation forfaitaire »,

les lignes qui suivent, nous relevons, sans toutefois prétendre à l'exhaustivité, différents arrêts que la Cour de cassation a rendus sur le sujet durant la dernière décennie (§ 1) avant de tenter d'en dégager une synthèse (§ 2).

§ 1. La jurisprudence de la Cour de cassation : une ligne du temps contrastée

L'approche qui suit se veut chronologique et objective. C'est ainsi qu'elle reproduit dans la mesure du possible le contenu des arrêts de la Cour de cassation afin de permettre au lecteur de se faire sa propre idée avant que nous n'en proposons une lecture parmi d'autres, la jurisprudence jalonnant la ligne du temps tracée ci-dessous n'apparaissant pas uniforme.

De longue date, la Cour de cassation autorise le juge à recourir à une évaluation *ex aequo et bono* à condition de motiver sa décision. C'est ainsi qu'aux termes d'un arrêt du 11 septembre 2009¹²⁹, elle soulignait que «Le juge peut recourir à une évaluation *ex aequo et bono* à la condition qu'il indique les motifs pour lesquels il ne peut admettre le mode de calcul proposé par la victime et constate en outre l'impossibilité de déterminer autrement le dommage». Tandis que le juge s'était retranché derrière des considérations générales telles que l'absence d'éléments permettant d'apprécier *in concreto* le préjudice subi en raison de l'incapacité et le taux relatif de l'incapacité permanente retenu par les experts-médecins, la Cour de cassation a considéré qu'il avait légalement justifié sa décision de retenir une indemnisation par point.

Par un arrêt du 15 septembre 2010¹³⁰, la Cour de cassation a rappelé l'attendu précité avant d'ajouter qu'il n'est pas interdit au juge de considérer que la capitalisation s'avère le mode «le plus objectif pour projeter dans l'avenir

R.G.A.R., 2013, liv. 1, n° 14938; J.-F. MAROT, «La valse à deux temps», *J.J. Pol.*, 2013, p. 147; J.-L. FAGNART, «Actualités en droit de la réparation du dommage corporel», in *Droit des assurances*, coll. UB³, Bruxelles, Bruylant, 2013, pp. 203 et s.; M. FIFI, «Dommage moral extrapatrimonial: un quart de siècle d'indemnisation, de la Renaissance au voyage interplanétaire», in *Liber amicorum Noël Simar – Évaluation du dommage, responsabilité civile et assurances*, Limal, Anthemis, 2013, pp. 113-128; A.-M. NAVEAU, «L'indemnisation des dommages corporels futurs: les 7 boules de cristal», in *Liber amicorum Noël Simar – Évaluation du dommage, responsabilité civile et assurances*, Limal, Anthemis, 2013, pp. 97 et s.; N. SIMAR, «Encore à propos de la capitalisation du dommage», *J.L.M.B.*, 2014, liv. 38, p. 1801; I. MATERNE, «Recours au forfait ou à la méthode de la capitalisation: pas de principe de solution qui soit univoque!», note sous Cass., 7 mai 2014, *J.L.M.B.*, 2015, p. 602; J.-L. FAGNART, «Les paradoxes de l'évaluation du dommage corporel», in *Actualités en droit de la responsabilité*, coll. UB³, Bruxelles, Bruylant, 2015, pp. 93-136; M. FIFI, «La capitalisation, un casse-tête apprivoisable», in *Droit de la responsabilité*, Bruxelles, Larcier, 2015, pp. 18 et s.; J. COWEZ, «L'incapacité personnelle et sa réparation», in *Responsabilité, indemnisation et recours*, CUP, vol. 174, Limal, Anthemis, 2017, pp. 137 et s.; J.-L. FAGNART, «Non au capital! Plaidoyer pour la rente», in *États généraux du droit médical et du dommage corporel*, 2^e éd., Limal, Anthemis, 2018, pp. 313 et s.

¹²⁹ Cass., 11 septembre 2009, R.G. n° 08.0031.F, disponible sur: <http://www.juridat.be>.

¹³⁰ Cass., 15 septembre 2010, R.G. n° P.10.0476.F, disponible sur: <http://www.juridat.be>.

un préjudice constant dont la valeur journalière est connue, quand bien même elle a été fixée forfaitairement».

Par un arrêt du 15 février 2011¹³¹, la haute juridiction a rejeté un pourvoi pris de la violation des articles 1382 et 1383 du Code civil sous prétexte que les juges d'appel n'avaient pas expliqué pourquoi l'indemnisation par point répondrait mieux à la règle de la réparation intégrale du dommage. Les juges d'appel avaient indiqué qu'il était illusoire de prétendre que le préjudice peut être estimé de manière plus précise au moyen d'un calcul de capitalisation qu'au moyen d'un forfait et que la méthode de la capitalisation est en grande partie influencée par des paramètres déterminés discrétionnairement. La Cour est d'avis que, ce faisant, les juges d'appel ont légalement justifié leur décision.

Par son arrêt du 17 février 2012¹³², la Cour de cassation a rappelé que le juge «peut recourir à une évaluation en équité du dommage à la condition qu'il indique les motifs pour lesquels il ne peut admettre le mode de calcul proposé par la victime et qu'il constate en outre l'impossibilité de déterminer autrement le dommage»¹³³. Elle a ensuite estimé que viole l'obligation d'apprécier le dommage *in concreto* le jugement qui rejette la capitalisation aux motifs, pour le dommage moral, que la base journalière forfaitaire est «susceptible de varier dans le temps, compte tenu de l'effet d'accoutumance et de la nécessaire adaptation de la victime à ses souffrances et à ses conséquences quand celles-ci se stabilisent au fil du temps» et, pour le dommage ménager, que l'activité ménagère a tendance à se réduire avec l'âge.

Il a pu être déduit de cet arrêt qu'une motivation accrue était dorénavant exigée afin d'écarter l'indemnisation par capitalisation au profit de l'indemnisation par point ou forfaitaire¹³⁴.

Par un arrêt du 13 mars 2012¹³⁵, la Cour de cassation a rejeté un pourvoi pris de la violation des articles 1382 et 1383 du Code civil sous prétexte que les juges d'appel avaient indemnisé le préjudice moral, le préjudice ménager et l'aide d'une tierce personne permanents au moyen d'un forfait.

En ce qui concerne le dommage moral, elle rappelle que «De rechter mag een raming *ex aequo et bono* aanwenden mits hij de redenen aangeeft waarom hij de door het slachtoffer voorgestelde berekeningswijze niet kan aannemen

¹³¹ Cass., 15 février 2011, R.G. n° P.10.1431.N, inédit.

¹³² Cass., 17 février 2012, R.G. n° C.11.0451.F, disponible sur: <http://www.juridat.be>.

¹³³ Cette formule avait également été rappelée dans Cass., 18 avril 2011, R.G. n° C.10.0548.F, disponible sur: <http://www.juridat.be>, mais dans un registre étranger au préjudice corporel.

¹³⁴ D. DE CALLATAÏ, «En route vers un réel devoir de motivation du recours à l'évaluation forfaitaire», *R.G.A.R.*, 2013, liv. 1, n° 14938.

¹³⁵ Cass., 13 mars 2012, R.G. n° P.11.1568.N, inédit.

en tevens vastelt dat de schade onmogelijk anders kan worden bepaald»¹³⁶. Parmi ces motifs, figure notamment le fait que le dommage moral présente un caractère évolutif dans la mesure où il est composé de différents éléments, principalement le préjudice causé par la douleur, la joie de vivre perdue, la prise de conscience de la diminution de la force physique ou des facultés mentales, la peur et l'incertitude quant au développement futur, qui sont tous sujets à des facteurs dynamiques d'aggravation possible de la douleur, mais surtout d'accoutumance et d'adaptation. En ce qui concerne le préjudice ménager, les motifs avancés étaient que ce préjudice ne reste pas soumis à la même intensité et évolue du fait d'un changement de composition de la famille. Quant à l'aide d'une tierce personne, les juges d'appel avaient relevé l'absence de pièces et le fait que le coût de cette aide peut évoluer au fil des années.

Par un arrêt du 2 mai 2012¹³⁷, la haute juridiction a réitéré l'enseignement issu de son arrêt du 15 septembre 2010 autorisant le juge à recourir à la méthode de la capitalisation s'il estime ce mode de calcul «le plus objectif pour projeter dans l'avenir notamment un préjudice constant dans la valeur journalière est connue, quand bien même elle a été fixée forfaitairement»¹³⁸.

Par un arrêt du 20 novembre 2012¹³⁹, la Cour a autorisé le juge du fond à se retrancher derrière des critères généraux pour procéder à une évaluation forfaitaire des dommages résultant des incapacités personnelle et ménagère permanentes de la victime. En effet, les juges d'appel avaient, pour ce qui était du préjudice moral, considéré ce qui suit :

- «opter pour une estimation *ex aequo et bono* se fait à défaut d'une assiette concrètement évidente ;
- une estimation sur la base d'un montant journalier forfaitaire conventionnellement fixé servant de base pour les périodes d'incapacité temporaire de travail et réglée sur base annuelle pour capitaliser le dommage futur de l'incapacité permanente de travail, est déduite de l'hypothèse que le dommage conserve une même intensité avant et après la consolidation et qu'il y a lieu de le considérer définitivement comme un élément statique, ce qui n'est pas établi ;
- le dommage moral comporte différents éléments dont, principalement, le dommage de la douleur, la perte de joie de vivre, la conscience de la

¹³⁶ Traduction libre : Le juge peut recourir à une évaluation *ex aequo et bono* à la condition qu'il indique les motifs pour lesquels il ne peut admettre le mode de calcul proposé par la victime et constate en outre l'impossibilité de déterminer autrement le dommage.

¹³⁷ Cass., 2 mai 2012, R.G.A.R., 2013, n° 14937, note D. DE CALLATAÏ.

¹³⁸ La solution avait également été consacrée dans Cass., 18 avril 2012, R.G. n° P.11.2093.F, cité par Th. WERQUIN dans ses conclusions précédant l'arrêt de la Cour de cassation du 16 avril 2015.

¹³⁹ Cass., 20 novembre 2012, R.G. n° P.12.0499.N, disponible sur : <http://www.juridat.be>.

diminution de la force physique ou des capacités intellectuelles, l'angoisse et l'incertitude concernant le futur ;

- tous ces éléments sont tributaires de facteurs dynamiques, d'une possible aggravation de la douleur, surtout en cas de lésions physiques graves, mais plus généralement, d'accoutumance et d'adaptation ».

En ce qui concerne l'incapacité ménagère, les juges d'appel avaient relevé ceci :

- «il n'y a pas lieu de concevoir comment la composition de sa famille évoluera à l'avenir jusqu'à son décès, de sorte qu'il n'est pas davantage possible, à défaut de paramètres fiables, d'estimer exactement ce dommage ;
- en l'espèce, la même motivation prévaut pour l'estimation du dommage moral de l'invalidité permanente ou de l'incapacité permanente de travail ».

Le 19 décembre 2012¹⁴⁰, la Cour de cassation a pourtant censuré une décision ayant rejeté la capitalisation du dommage moral au motif que celui-ci, «s'il ne disparaîtra pas, s'estompera néanmoins avec le temps, de sorte que l'on ne peut considérer qu'il subsistera avec la même intensité pendant toute la durée de sa vie ». La haute juridiction lui a fait grief de ne pas indiquer «les circonstances propres à la cause justifiant la variation dans le temps de la base forfaitaire». Elle a formulé le même grief à l'encontre du dommage ménager dans la mesure où le juge *a quo* avait considéré que «la méthode d'évaluation préconisée par le demandeur ne prend pas suffisamment en compte le caractère évolutif du dommage, qu'il ne peut être question de capitaliser un forfait ne correspondant à aucune réalité certaine, que l'on ignore en l'espèce quelle sera la situation familiale exacte de la victime dans le futur».

Le 7 mai 2014¹⁴¹, la Cour de cassation a, en revanche, avalisé une décision ayant rejeté la capitalisation du dommage moral après avoir énuméré «les éléments du rapport d'expertise qui ne se prêtent pas [...] à une évaluation linéaire» et déclaré que «les séquelles incapacitaires décrites seraient plus ou moins ressenties en fonction des circonstances particulières de la vie du demandeur», de telle sorte que le dommage moral présentait un caractère variable interdisant de déterminer autrement qu'*ex aequo et bono* le montant de l'indemnité.

¹⁴⁰ Cass., 19 décembre 2012, R.G. n° P.12.1390.F, cité par C. EYBEN, «Le point sur la capitalisation du préjudice moral et du préjudice ménager permanents. À travers la jurisprudence de la Cour de cassation», *Assur. présent*, 2015, liv. 7, pp. 1-7.

¹⁴¹ Cass., 7 mai 2014, J.L.M.B., 2015, liv. 13, p. 598, note I. MATERNE, *Bull. ass.*, 2014, liv. 4, p. 436.

Par un arrêt du 24 septembre 2014¹⁴², la Cour de cassation a pareillement cautionné une décision ayant refusé de capitaliser le dommage moral après avoir constaté «sur la base de l'expertise, que la souffrance liée à la conscience de sa diminution physique pourra s'atténuer au fil du temps et que, même si l'atteinte à l'intégrité physique est importante, on ne peut conclure que ce dommage sera ressenti de la même façon par le demandeur jusqu'à la fin de ses jours». La décision critiquée avait également refusé de capitaliser le préjudice ménager permanent aux motifs que «l'aide ménagère antérieure à l'accident est discutée» et que «la valeur ménagère va nécessairement fluctuer dans l'avenir». La Cour constate qu'«Ayant ainsi égard, d'une part, à la prévision d'une atténuation du préjudice moral en se référant aux conclusions de l'expert et, d'autre part, à l'incertitude quant à la base de calcul du préjudice ménager ainsi qu'à son évolution en se référant à la composition de la famille, la nature et le degré des séquelles, ainsi que l'âge du demandeur, les juges d'appel ont donné les raisons pour lesquelles le mode de réparation proposé par le demandeur ne pouvait être admis» et que «le juge reste libre de considérer que le dommage ne présente pas la périodicité ou la constance justifiant sa capitalisation».

Aux termes de son arrêt du 19 novembre 2014¹⁴³, la Cour de cassation répète que «Le juge peut réparer le dommage moral subi par une victime en utilisant la méthode de la capitalisation. Il ne lui est pas interdit de considérer que ce mode de calcul s'avère le plus objectif pour projeter dans l'avenir un préjudice constant dont la valeur journalière est connue, quand bien même elle a été fixée forfaitairement. Revenant à considérer qu'il ne le peut pas, la motivation reproduite ci-dessus entache le jugement d'une violation de l'article 1382 du Code civil».

Par un arrêt du 16 avril 2015¹⁴⁴, la Cour de cassation a censuré une décision ayant rejeté la capitalisation du préjudice ménager permanent aux motifs que celui-ci «n'est pas un préjudice constant pour lequel une valeur journalière est connue, précisément en l'absence de constance et de permanence de ce préjudice», que «la méthode d'évaluation du dommage par capitalisation n'est pas justifiée dès lors qu'elle ne prend pas suffisamment en compte la réalité concrète du dommage et son caractère évolutif» et que «le calcul forfaitaire de l'indemnisation du dommage ménager permanent est dès lors le plus adéquat, dès lors qu'il n'est pas possible de le déterminer autrement». Selon la Cour, pareil jugement méconnaît l'obligation d'apprécier le dommage *in concreto*.

Dans les conclusions qui précèdent cette dernière décision, l'Avocat général Th. Werquin signale que, dans son arrêt précité du 24 septembre 2014,

¹⁴² Cass., 24 septembre 2014, J.L.M.B., 2014, liv. 38, p. 1800, note N. SIMAR.

¹⁴³ Cass., 19 novembre 2014, R.G. n° P.14.1121.F, disponible sur : <http://www.juridat.be>.

¹⁴⁴ Cass., 16 avril 2015, R.G. n° 13.0305.F, concl. Av. gén. Th. WERQUIN, disponible sur : <http://www.juridat.be>.

la Cour «ne relève aucun motif dont elle déduit que les juges d'appel ont constaté qu'il est impossible de déterminer autrement ledit dommage»¹⁴⁵. Examinant ensuite l'arrêt du 19 novembre 2014, il estime que «l'arrêt précité du 24 septembre 2014 est un arrêt isolé dont il n'y a pas lieu de suivre l'enseignement». Il convient toutefois d'être attentif au fait que l'arrêt du 24 septembre 2014 n'apparaît isolé qu'en ce qu'il ne relève pas les circonstances qui permettent d'écarter la méthode de la capitalisation.

À cette occasion, l'Avocat général précise que la règle selon laquelle «c'est à la victime qu'il appartient d'établir que postérieurement à la consolidation, l'intensité de son préjudice n'a pas évolué favorablement [...] fait fi de la notion même de consolidation qui, sur le plan médical, désigne le moment où les lésions subies par la victime se stabilisent et acquièrent un caractère permanent» tandis que «lorsqu'ils procèdent à la consolidation des lésions, les experts médecins sont censés tenir compte, au moment de la fixation d'un taux d'incapacité personnelle permanente, du potentiel d'amélioration de la victime». Les bases de la solution adoptée par l'arrêt du 27 mai 2016 étaient ainsi posées (voy. *infra*).

Par son arrêt du 8 janvier 2016¹⁴⁶, la Cour de cassation a, concernant le préjudice esthétique, relevé que le jugement attaqué considère que «c'est [...] à tort que [la demanderesse] sollicite un calcul de capitalisation de ce préjudice dans la mesure où [celui-ci] ne se manifeste pas de manière constante, linéaire et récurrente» et estimé que celui-ci n'indiquait pas les circonstances propres à la cause qui justifieraient cette affirmation, méconnaissant ainsi l'obligation d'apprécier le dommage *in concreto*.

Un arrêt du 27 mai 2016¹⁴⁷ ressort particulièrement de ce paysage contrasté. En effet, après avoir rappelé au juge qu'«Il peut recourir à une évaluation en équité du dommage» moyennant le respect des conditions précitées, la Cour de cassation affirme que «S'il incombe à la victime d'un fait illicite de démontrer son dommage, il ne lui appartient pas, lorsqu'elle propose de calculer l'indemnisation de son dommage moral permanent par la capitalisation d'une base journalière forfaitaire, d'établir que ce dommage restera constant dans le futur». La haute juridiction a formulé la même observation à propos du dommage ménager permanent.

La Cour de cassation a, dans un arrêt du 7 juin 2017¹⁴⁸, décidé que «le juge reste libre de considérer que le dommage ne présente pas la constance justifiant sa capitalisation» et que «le tribunal a, sur le fondement des éléments

¹⁴⁵ Av. gén. Th. WERQUIN, concl. préc. Cass., 16 avril 2015, R.G. n° C.13.0305.F, disponible sur : <http://www.juridat.be>.

¹⁴⁶ Cass., 8 janvier 2016, R.G. n° C.15.0271.F, disponible sur : <http://www.juridat.be>.

¹⁴⁷ Cass., 27 mai 2016, R.G. n° C.15.0509.F, disponible sur : <http://www.juridat.be>.

¹⁴⁸ Cass., 7 juin 2017, R.G. n° P.17.0313.F, disponible sur : <http://www.juridat.be>.

concrets qui lui étaient soumis, décidé d'arbitrer en équité le montant du préjudice précité sans violer les articles 1382 et 1383 du Code civil». Parmi ces éléments concrets, la Cour de cassation a relevé que :

- «cette méthode ne tient pas compte de façon concrète de l'évolution de la composition du ménage de la demanderesse, se contentant d'un calcul sur la base d'un forfait généralement alloué pour un ménage avec deux enfants» ;
- «le travail ménager de la première demanderesse sera appelé à varier de manière significative dans le temps dès lors, d'une part, qu'en grandissant, ses deux filles participeront plus activement aux tâches ménagères et, d'autre part, que lorsqu'elles seront autonomes, elles vivront en dehors du ménage de leur mère, ceci durant un temps plus long que celui durant lequel elles y auront vécu» ;
- «à défaut pour la première demanderesse de démontrer le caractère récurrent et linéaire de son dommage ménager, fût-ce par périodes successives, le choix de la méthode de capitalisation, sur la base d'un forfait constant, conduirait à lui accorder une part de dédommagement qui n'est pas démontrée et que c'est donc un autre forfait, limité au préjudice considéré comme certain, qui doit être choisi».

Elle en a conclu que «les juges d'appel ont donné les raisons pour lesquelles le mode de réparation proposé ne pouvait être admis».

À la lecture de cet arrêt, il convient d'être particulièrement attentif au fait que le calcul de capitalisation proposé par la demanderesse ne procédait pas par périodes successives afin de tenir compte du départ des enfants du domicile familial. À défaut pour le Tribunal de pouvoir réaliser d'initiative un tel calcul, la voie forfaitaire paraissait s'imposer. C'est en ce sens que l'Avocat général Th. Werquin soulignait dans ses conclusions précédant l'arrêt de la Cour de cassation du 16 avril 2015 que «Le juge peut refuser la capitalisation lorsque la victime n'a pas tenu compte, dans son calcul, des modifications de la sphère familiale»¹⁴⁹.

Un arrêt du 13 octobre 2017¹⁵⁰ a accepté que le dommage moral permanent soit indemnisé par le recours à la méthode forfaitaire, la Cour de cassation ayant estimé que les considérations suivantes constituaient un fondement suffisant de la décision :

- «en l'espèce, la méthode de capitalisation s'avérerait trop théorique et ne prendrait pas en compte la réalité concrète du dommage et notamment son caractère évolutif» ;

¹⁴⁹ Av. gén. Th. WERQUIN, concl. préc. Cass., 16 avril 2015, R.G. n° C.13.03.05.F, disponible sur : <http://www.juridat.be>.
¹⁵⁰ Cass., 13 octobre 2017, R.G. n° C.16.0334.F, disponible sur : <http://www.juridat.be>.

- «compte tenu de la nature des douleurs subies, il est évident que [le demandeur], dans la manière de percevoir ces séquelles, va évoluer au fil du temps» ;
- «il résulte en effet des différentes séances d'expertise que si [le demandeur] semble souffrir d'un problème névrotique, de nature post-traumatique, il apparaît qu'une prise en charge psychothérapique intensive permettrait de surmonter cette inhibition phobique post-traumatique, celle-là même qui est retenue dans les conclusions en page 16 pour déterminer le taux d'invalidité» ;
- «la perception morale du dommage permanent subi étant dès lors nécessairement appelée à évoluer, [le demandeur] ne pourrait être indemnisé que par le recours à une évaluation *ex aequo et bono*, celle-ci s'avérant plus adéquate et plus juste, car conservant précisément la souplesse appropriée pour couvrir, selon les moments et au fil des âges, la souffrance morale en relation causale avec l'accident».

Un second moyen invitait la Cour de cassation à se pencher sur l'indemnisation par la capitalisation du préjudice ménager. La Cour a toutefois constaté que celui-ci manquait en fait.

Pour clôturer cette ligne du temps, signalons un arrêt de la Cour de cassation du 16 février 2018 qui aborde l'indemnisation des préjudices liés à l'incapacité personnelle, à l'incapacité économique et à l'incapacité ménagère¹⁵¹.

Aux termes de cet arrêt, la Cour de cassation rappelle que le juge «peut recourir à une évaluation en équité du dommage à la condition qu'il indique les motifs pour lesquels il ne peut admettre le mode de calcul proposé par la victime et qu'il constate en outre l'impossibilité de déterminer autrement le dommage». Comme dans son arrêt du 27 mai 2016, elle ajoute que «S'il incombe à la victime d'un fait illicite de démontrer son dommage, il ne lui appartient pas, lorsqu'elle propose de calculer l'indemnisation de son dommage moral permanent par la capitalisation d'une base journalière forfaitaire, d'établir que ce dommage restera constant dans le futur».

Au regard de ces principes, la haute juridiction estime que ne justifie pas légalement sa décision d'indemniser un préjudice moral au moyen d'un forfait le jugement qui souligne que «le tableau séquentiel établi par l'expert W. tient compte quasi exclusivement de phénomènes cervico-brachialgiques et de perturbations psychiques constituant une aggravation d'un état antérieur de [la demanderesse]» pour en conclure que «le préjudice moral de cette dernière du fait de ces séquelles est susceptible d'évolution en fonction des traitements

¹⁵¹ Cass. (1^{re} ch.), 16 février 2018, *For. ass.*, 2018, liv. 187, p. 168, obs. C. MÉLOTTE.

dont elle bénéficie actuellement et dont elle bénéficiera à l'avenir, de sorte qu'il n'est pas établi que ce préjudice personnel sera vécu de manière linéaire et récurrente, jour après jour».

En ce qui concerne le préjudice économique, la haute juridiction estime également que le jugement attaqué ne justifie pas légalement sa décision d'indemniser ce préjudice par un forfait en indiquant qu'«il n'est pas établi que le dommage économique de [la demanderesse], compte tenu de son bilan séculaire, demeurera constant et linéaire à l'avenir» et que, «dès lors que [la demanderesse] venait à peine d'entamer l'exercice de son activité complémentaire de décoratrice, la rémunération à prendre en compte au titre de paramètre d'indemnisation est trop aléatoire [...] pour pouvoir procéder à un calcul de capitalisation».

Enfin, pour ce qui est du préjudice ménager, la Cour de cassation estime que ne justifie pas non plus légalement sa décision le jugement qui, pour refuser la capitalisation du dommage ménager permanent, relève qu'«il n'existe aucune certitude quant à l'évolution de l'importance du travail ménager que [la demanderesse] devra fournir dans l'avenir» et qu'«au-delà du fait que la composition du ménage de [la demanderesse] pourrait évoluer à l'avenir, l'activité ménagère a tendance de par sa nature même à se réduire avec l'âge, de sorte qu'il n'est pas démontré que ce préjudice restera constant dans le temps».

§ 2. Un essai de synthèse

Une seule règle nous paraît ressortir de la jurisprudence contrastée de la Cour de cassation : le fait que «pour évaluer en équité un dommage permanent, le juge doit indiquer la raison pour laquelle la méthode de capitalisation invoquée par la victime ne peut être admise et constater qu'il est impossible de déterminer autrement ledit dommage». Au regard de celle-ci, nous concédons bien volontiers que l'indemnisation forfaitaire revêt, aux yeux de la Cour de cassation, un caractère subsidiaire.

Nous ne pouvons toutefois nous résoudre à constater que cette méthode n'aurait plus voix au chapitre en ce qui concerne l'évaluation du dommage permanent. Or, à l'heure de commenter l'arrêt de la Cour de cassation du 16 février 2018 précité, C. Mélotte¹⁵² croit pouvoir constater qu'«il est toujours possible d'appliquer la méthode de la capitalisation» et se pose la question suivante : «pourquoi, face à un dommage permanent, le juge pourrait-il refuser la méthode de la capitalisation alors que dans l'absolu il est toujours possible

de l'utiliser?». À la lecture des arrêts de la Cour de cassation, il lui semble que «seule l'absence de dommage permanent serait susceptible de mettre à néant le principe», de telle sorte que «si le rapport d'expertise, entériné par le juge, décide que la victime souffre, en sus de dommages provisoires, d'un dommage permanent quel qu'il soit, alors le juge devrait être tenu, si la victime le lui demande, d'évaluer son dommage selon la méthode de la capitalisation». L'auteur en conclut qu'«En présence d'un dommage permanent, la motivation à elle seule ne serait plus un critère suffisant pour refuser la méthode préconisée par la victime».

Or, dans l'arrêt du 16 février 2018, la Cour de cassation a maintenu sa jurisprudence selon laquelle «le juge peut recourir à une évaluation en équité du dommage à la condition qu'il indique les motifs pour lesquels il ne peut admettre le mode de calcul proposé par la victime et qu'il constate en outre l'impossibilité de déterminer autrement ledit dommage». À quoi bon maintenir ce premier principe si le juge était «tenu» d'appliquer la méthode de la capitalisation en présence d'un préjudice permanent? Le principe de rationalité s'y oppose, d'autant que le fait, pour la Cour de cassation, d'insister sur la charge de la preuve du caractère constant du dommage met en évidence l'intérêt d'une telle preuve.

C. Mélotte indique également que la Cour de cassation a cassé le jugement entrepris «en ce qu'il fait du caractère récurrent et linéaire du préjudice une condition de l'indemnisation par la méthode de la capitalisation»¹⁵³.

Cette conclusion nous paraît un peu rapide. En effet, la décision de cassation peut avoir été prise sous l'angle de la charge de la preuve dans la mesure où la Cour précise que «S'il incombe à la victime d'un fait illicite de démontrer son dommage, il ne lui appartient pas, lorsqu'elle propose de calculer l'indemnisation de son dommage moral permanent par la capitalisation d'une base journalière forfaitaire, d'établir que ce dommage restera constant dans le futur». À défaut de situer le débat sous l'angle de la charge de la preuve, l'on aperçoit mal la portée de l'attendu y consacré. Pourquoi ne pas avoir élagué l'attendu concerné pour affirmer plus simplement qu'un calcul de capitalisation n'implique pas que le dommage présente un caractère constant et linéaire? C. Mélotte concède d'ailleurs que c'est essentiellement au regard de ce principe que la Cour de cassation refuse catégoriquement la motivation proposée par le jugement *a quo*¹⁵⁴.

¹⁵² C. MÉLOTTE, «La capitalisation de l'incapacité personnelle permanente : le jugement dernier?», obs. sous Cass., 16 février 2018, *For. ass.*, 2018, n° 187, p. 170.

¹⁵³ *Ibidem*, p. 169.

¹⁵⁴ *Ibidem*.

Pour justifier sa position, l'auteure s'empare de la définition du caractère permanent comme n'étant pas provisoire¹⁵⁵. Certes, le préjudice permanent s'oppose à ce qui est provisoire. Le Larousse définit d'ailleurs ce qui est provisoire comme «ce qui n'existe, ne se fait que pour un temps limité en attendant quelque chose de définitif». On y retrouve le caractère temporaire. Mais cela ne veut pas pour autant dire que ce soit constant au sens où l'on pourrait, dans tous les cas, retenir une base identique chaque jour jusqu'au décès de la personne lésée. En effet, si ce qui est permanent est constant, il n'est pas nécessairement vécu avec la même intensité. Et c'est là que le bât blesse. Permanent veut dire qu'il n'est pas appelé à disparaître.

L'arrêt du 16 février 2018 nous paraît devoir être lu en combinaison avec celui que la Cour de cassation a rendu le 19 novembre 2014 en ces termes : «Le juge peut réparer le dommage moral subi par une victime en utilisant la méthode de la capitalisation. Il ne lui est pas interdit de considérer que ce mode de calcul s'avère le plus objectif pour projeter dans l'avenir un préjudice constant dont la valeur journalière est connue, quand bien même elle a été fixée forfaitairement»¹⁵⁶. La Cour de cassation y autorise la capitalisation en présence d'un préjudice constant. Or, la constance est définie par Le Larousse comme le caractère de ce «Qui est persévérant, stable, qui ne varie pas ou encore ce qui ne s'interrompt pas, qui est continu, durable». Les variations peuvent donc être prises en considération pour justifier une autre méthode d'indemnisation, à condition toutefois que ce soit le responsable ou son assureur qui le démontre au départ d'éléments concrets issus notamment du rapport d'expertise.

C'est ainsi qu'il nous semble résulter de la jurisprudence esquissée au § 1^{er} que la question de l'opportunité de la capitalisation de l'indemnité destinée à réparer le dommage permanent est laissée à l'appréciation du juge du fond. Au lendemain de l'arrêt de la Cour de cassation du 7 mai 2014, I. Materne faisait valoir qu'il n'y a pas de règle préétablie dès lors que sans doute la Cour de cassation considère que toutes les méthodes d'évaluation sont en principe valables moyennant justification adéquate tirée des éléments de fait et de l'obligation de réparer le dommage *in concreto*»¹⁵⁷. Avec Th. Werquin, nous constatons plus précisément que «La capitalisation peut être refusée lorsque le préjudice n'apparaît pas constant, qu'il n'est pas possible de faire de la durée du préjudice un élément déterminant et mesurable de son ampleur. Il ne suffit pas d'affirmer que le dommage évoluera dans le temps, partant qu'il n'est pas constant, pour ne pas recourir à la capitalisation. La motivation

¹⁵⁵ C. MÉLOTTE, «La capitalisation de l'incapacité personnelle permanente: le jugement dernier?», *op. cit.*, p. 170.

¹⁵⁶ Cass., 19 novembre 2014, R.G. n° P.14.1121.F, disponible sur: <http://www.juridat.be>.

¹⁵⁷ I. MATERNE, *op. cit.*, p. 603.

doit être circonscrite. Il ne suffit pas d'alléguer l'effet d'accoutumance et la nécessaire adaptation de la victime à ses souffrances et à leurs conséquences quand celles-ci se stabilisent au fil du temps, partant, que le dommage n'est pas constant, pour écarter la capitalisation du préjudice moral. Il ne suffit pas d'alléguer que l'activité ménagère est susceptible de varier dans le temps et a tendance à se réduire avec l'âge, partant qu'il n'est pas constant, pour refuser la capitalisation du préjudice ménager. Il faut indiquer les circonstances propres à la cause qui justifient la variation dans le temps de la base forfaitaire»¹⁵⁸.

Dans ce paysage contrasté, C. Eyben constate, quant à lui, qu'«un dommage futur est toujours affecté d'une incertitude dans son étendue», dans la mesure où les répercussions des séquelles «sur la vie de la personne lésée sont un processus qui demeure inachevé». Il estime que ces incertitudes, si elles ne peuvent à elles seules tenir en échec la capitalisation du dommage, devraient à tout le moins conduire à une réduction des bases d'indemnisation ou à une augmentation du taux de l'intérêt technique. L'auteur identifie également une alternative dans le fait de réclamer, en raison des vicissitudes qui affectent l'avenir, une perte de chance en lieu et place d'un préjudice réellement subi. S'il reconnaît l'audace de son raisonnement, il maintient que celui-ci «autoriserait le juge à réduire le montant capitalisé au pourcentage de chances estimées qu'avait la personne lésée d'obtenir les gains perdus ou d'éviter les pertes subies et ainsi de réduire l'écart qui sépare une évaluation au forfait et une évaluation par capitalisation»¹⁵⁹.

À la lecture de ce commentaire, il apparaît que les débats qui entourent l'indemnisation des préjudices futurs ne cessent de se complexifier. Ils gagneraient peut-être à être simplifiés à la faveur d'une intervention législative.

Sous-section 2

Quoi de neuf, Maître?

Au rang des nouveautés concernant l'indemnisation du préjudice futur, nous épingleons un second arrêt de la Cour de cassation du 16 février 2018¹⁶⁰ dont l'enseignement apparaît en contradiction avec l'arrêt rendu le même jour et évoqué ci-dessus. Nous analyserons ensuite le projet de réforme du droit de la responsabilité.

¹⁵⁸ Av. gén. Th. WERQUIN, concl. préc. Cass., 16 avril 2015, R.G. n° C.13.0305.F, disponible sur: <http://www.juridat.be>.

¹⁵⁹ C. EYBEN, «Réflexions critiques sur l'expertise et la capitalisation du dommage permanent», D.A.O.R., 2018/4, pp. 71-72.

¹⁶⁰ Cass., 16 février 2018, R.G. n° C.17.0262.F, inédit.

§ 1. Un arrêt de plus à épingle sur la ligne du temps

Dans un second arrêt du 16 février 2018, la Cour de cassation s'est prononcée, dans un premier moyen, sur l'indemnisation du préjudice moral permanent futur et, dans un second moyen, sur l'indemnisation du préjudice ménager permanent futur. En voici le texte :

Sur le premier moyen

Le jugement attaqué considère qu'«opter pour une estimation *ex aequo et bono* se fait à défaut d'une assiette concrète évidente», qu'«en la présente cause, les parties ne s'accordent pas sur la base journalière retenue par la victime pour son calcul de capitalisation et rien n'indique que le forfait journalier de 25 euros suggéré par [le demandeur] puisse être retenu par préférence au forfait journalier de 20 euros proposé à titre subsidiaire par [le Bureau belge des assureurs automobiles]», que «si l'incapacité physique importante reconnue [au demandeur] apparaît devoir lui causer des désagréments quotidiens, la limitation des activités en vue d'éviter les efforts physiques apparaît pouvoir être ressentie de manière variable», qu'«à cet égard, il sied de relever que le dossier ne révèle pas et que [le demandeur] ne donne aucune indication quant à des activités professionnelles, extraprofessionnelles ou de loisirs, fussent-elles adaptées à son état de santé, qu'il a pu reprendre» et que, «partant, le tribunal ne saurait apprécier ni l'importance et l'ampleur d'éventuels efforts physiques douloureux que [le demandeur] a ou non été amené à consentir pour déployer de telles activités, ni l'éventualité que de telles activités occupent son esprit et l'amènent à penser à autre chose qu'à ses problèmes de santé qui le démoraliseraient».

Ces considérations, qui ne sont pas critiquées et dont il résulte que le jugement attaqué considère que le demandeur ne démontre pas *in concreto* la nature et l'ampleur de son préjudice moral, ce qui met le tribunal dans l'impossibilité de fixer la base journalière du calcul de capitalisation proposé par le demandeur, suffisent à fonder la décision du jugement attaqué de recourir à une évaluation en équité de ce dommage.

Dirigé contre des considérations surabondantes de ce jugement, le moyen, qui ne saurait entraîner la cassation, est dénué d'intérêt, partant, irrecevable.

Sur le second moyen

Après avoir énoncé qu'«il n'apparaît pas sérieusement contestable qu'une incapacité substantielle diminue les capacités ménagères dont disposait [le demandeur] avant l'accident litigieux ou, au moins, requiert de ce dernier un surcroît d'efforts pour réaliser les travaux ménagers qui lui incomberaient», le jugement attaqué considère, sans être critiqué, que le demandeur «n'établit pas et ne donne aucune indication concrète sur les tâches ménagères qu'il effectuait», qu'«ainsi, pour autant qu'il y prenne réellement part, on ignore tant la nature que l'ampleur des activités ménagères qu'il effectuait», que, «marié à une épouse dont on ignore si elle exerce une profession et père de deux enfants nés le 17 août 2009, l'ampleur des travaux ménagers effectivement pris en charge par [le demandeur] avant l'accident litigieux reste incertaine, d'autant qu'il exerçait nombre d'activités sportives, extraprofessionnelles et de loisir», et que le demandeur «n'établit pas qu'il est désormais (partiellement ou totalement?) incapable d'effectuer des tâches ménagères, de bricolage et de jardinage».

Ces considérations, dont il résulte que le jugement attaqué considère que le demandeur ne démontre pas *in concreto* la nature et l'ampleur de son préjudice ménager, ce qui met le tribunal dans l'impossibilité de fixer la base journalière du calcul de capitalisation proposé par le demandeur, suffisent à fonder la décision du jugement attaqué de recourir à une évaluation en équité de ce dommage.

Dirigé contre des considérations surabondantes de ce jugement, le moyen, qui ne saurait entraîner la cassation, est dénué d'intérêt, partant irrecevable.

Ce second arrêt du 16 février 2018 accepte donc que l'incapacité personnelle et l'incapacité ménagère permanentes soient indemnisées au moyen d'un forfait, sans toutefois que les taux de ces différentes incapacités soient révélés. Si C. Mélotte a pu estimer que «l'évaluation du dommage par la méthode de la capitalisation est toujours possible, en présence d'un dommage permanent, quel que soit le taux d'incapacité retenu», elle a également constaté qu'«Elle ne peut toutefois devenir impossible que si les données fournies par la victime en vue de recourir à cette méthode sont inexactes ou erronées»¹⁶¹. Dans l'arrêt du 16 février 2018 portant le numéro C.17.0262.F, il ne nous paraît pas être question, à tout le moins pour ce qui concerne le préjudice moral, de données

¹⁶¹ C. MÉLOTTE, «La capitalisation de l'incapacité personnelle permanente: le jugement dernier?», *op. cit.*, p. 172.

inexactes ou erronées mais plutôt d'un préjudice permanent dont la constance n'apparaît pas clairement. Le fait que les douleurs physiques puissent être ressenties de manière variable n'a pas, ici, été censuré par la Cour de cassation. Il convient toutefois de reconnaître que la Cour de cassation précise que « ces considérations ne sont pas critiquées ».

Dans la foulée de ses développements précédents, C. Mélotte indiquait que « Tout autre est dès lors la question de la base journalière à prendre en considération pour calculer le dommage de la victime selon cette méthode. Sur cette question, le pouvoir du juge reste entier ». Ce faisant, l'auteur fait écho aux considérations développées par C. Eyben, telles que présentées ci-dessus. Forfait et capitalisation (sur une base journalière minorée) apparaissent donc unis pour le meilleur et pour le pire.

§ 2. Le projet de réforme

Nous nous interrogeons ci-dessus sur l'opportunité d'une intervention législative en matière d'indemnisation du préjudice futur. Le projet de réforme mérite, par conséquent, une attention toute particulière.

Au cœur d'une sous-section consacrée aux dommages et intérêts, l'article 5.183 prévoit, dans un premier alinéa, que « Le dommage futur résultant d'une atteinte à l'intégrité physique est réparé sous la forme d'un capital ou d'une rente selon ce qui convient, eu égard notamment à la situation des parties et aux intérêts de la personne lésée » et, dans un second alinéa, que « Le juge peut imposer la rente même si celle-ci n'est pas demandée, lorsque des motifs impérieux liés à la protection de la personne lésée le justifient ». L'article 5.185 prévoit, dans un alinéa 3, que « Lorsque l'étendue du dommage ne peut être déterminée d'aucune autre manière, le juge peut accorder une indemnité en équité ».

La lecture combinée des articles 5.183 et 5.185 révèle une certaine hiérarchie des modes d'indemnisation : rente, capitalisation et forfait¹⁶².

Les réformateurs du Code civil ont ainsi consacré le caractère subsidiaire de l'indemnisation forfaitaire. L'exposé des motifs le confirme : « L'article 5.185, alinéa 3, pose clairement le principe de la subsidiarité de l'évaluation en équité ou *ex aequo et bono* »¹⁶³. Une telle hiérarchie entre les modes d'indemnisation avait déjà été consacré par la version 2012 du Tableau indicatif mais avait

disparu de sa version 2016¹⁶⁴. Conformément à la jurisprudence détaillée ci-dessus, l'exposé des motifs précise encore que « Compte tenu du caractère subsidiaire de cette méthode d'évaluation, il va de soi que le juge qui en fait usage est tenu de motiver sa décision »¹⁶⁵.

Pour ce qui est de la méthode de la capitalisation, il ressort de l'exposé des motifs que le projet « ne se prononce pas sur les caractéristiques auxquelles le dommage doit répondre pour pouvoir faire l'objet d'une capitalisation. Cette question est laissée à l'appréciation des juges du fond »¹⁶⁶. Le projet ne prend pas davantage position sur les paramètres du calcul de capitalisation. Si une telle absence de prise de position peut se comprendre en ce qui concerne les paramètres de capitalisation, dans la mesure où ceux-ci sont liés au contexte socio-économique et, par conséquent, évolutifs, tel n'est pas le cas des caractéristiques auxquelles le dommage doit répondre pour pouvoir faire l'objet d'une capitalisation. Nous regrettons donc que les réformateurs ne se soient pas prononcés sur ce point et constatons que la porte reste ainsi ouverte à de nombreuses discussions, indépendamment de la hiérarchie instaurée.

Conclusion

En ce qui concerne le dommage et sa réparation, l'exercice de composition auquel se sont livrées, au départ de l'article 1382 du Code civil, la jurisprudence et la doctrine a indéniablement trouvé sa consécration dans l'avant-projet de réforme du droit de la responsabilité. La tâche confiée à la Commission de réforme était titanesque et nous ne pouvons que saluer la partition à l'écriture de laquelle ses membres ont abouti.

Cet « aboutissement » n'est toutefois pas total. L'exposé des motifs indique en ce sens que « Même si l'avant-projet aborde et résout de nombreuses questions, certaines d'entre elles n'ont pas pu être résolues et ont donc été laissées en suspens »¹⁶⁷. Sont pointés du doigt les régimes particuliers, le préjudice écologique et le recours des tiers payeurs¹⁶⁸.

À l'occasion d'un examen du recours de certains tiers payeurs, nous avons déjà exprimé notre souhait d'une intervention législative destinée à régler glo-

¹⁶² En ce sens, voy. P. COLSON, « Les effets de la responsabilité. La réparation des dommages : unité ou diversité ? Rapport belge », Rapport provisoire rédigé dans le cadre du séminaire GRECA intitulé *La réforme du droit de la responsabilité en France et en Belgique. Regards croisés et aspects de droit comparé*, p. 28.

¹⁶³ Exposé des motifs, p. 186.

¹⁶⁴ D. DE CALLATAÏ, « La septième édition du tableau indicatif. Le retour du clair-obscur », in *Responsabilité, indemnisation et recours. Morceaux choisis*, CUP, vol. 174, Limal, Anthemis, 2017, pp. 177 et s.

¹⁶⁵ Exposé des motifs, p. 186.

¹⁶⁶ Exposé des motifs, p. 180.

¹⁶⁷ Exposé des motifs, pp. 13-14.

¹⁶⁸ Exposé des motifs, pp. 14-15.

alement le recours de ceux-ci¹⁶⁹. Au vu des incohérences qui affectent le recours direct de l'employeur public, nous ne pouvons que le réitérer.

Plus prosaïquement, nous formons le souhait de ne pas devoir pousser la comparaison musicale jusqu'à la symphonie n° 10 de Beethoven ou symphonie inachevée. La chute du Gouvernement Michel ne doit pas reléguer au rang d'esquisse le projet ici évoqué. Gageons que le nouveau gouvernement prendra conscience et proposera à la Commission de réforme de poursuivre ses travaux.

B. FOSSÉPREZ, « Les recours des tiers payeurs : approche transversale », in *Métamorphoses de la subrogation*, CUP, vol. 181, Limal, Anthemis, 2018, pp. 157-158.

bablement le recours de ceux-ci¹⁶⁹. Au vu des incohérences qui affectent le recours direct de l'employeur public, nous ne pouvons que le réitérer.

Plus prosaïquement, nous formons le souhait de ne pas devoir pousser la comparaison musicale jusqu'à la symphonie n° 10 de Beethoven ou symphonie inachevée. La chute du Gouvernement Michel ne doit pas reléguer au rang d'esquisse le projet ici évoqué. Gageons que le nouveau gouvernement en prendra conscience et proposera à la Commission de réforme de poursuivre ses travaux.

¹⁶⁹

B. FOSSÉPREZ, « Les recours des tiers payeurs : approche transversale », in *Métamorphoses de la subrogation*, CUP, vol. 181, Limal, Anthemis, 2018, pp. 157-158.